الجمهورية العراقية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة بغداد

أصول القانون

تأليف

الدكتور سعيد عبد الكريم مبارك

إهداءات ٢٠٠٣

المستشار/ احمد رفعت خفاجى

الجمهورية العراقية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة بغداد
كلية القانون والسياسة

اصول القانون

تأليف
الدكتور سعيد عبد الكريم مبارك
استاذ مساعد في كلية القانون والسياسة
جامعة بغداد

الطبعة الأولى

١٩٨٢م ١٤٠٢هـ

تمهيد

دراسة «علم اصول القانون » (١) تقتضي التمهيد لها بمقدمة نحدد فيها معنى هذا العلم وموضوعاته ونطاقه وأهميته ومدى الاهتمام بدراسته. لذلك نحاول أدناه بحث هذه الامور .

١ ـ تعريف علم أصول القانون وموضوعاته :

يعرف «علم اصول القانون »بتعاريف متعددة . الا ان هـــــذه التعاريف بالرغم من تباينها في الصياغة والتعبير ، تتشابه في المعنى .فهـي تقوم على اساس الاعتراف بوجود مباديء ونظريات عامة تشترك فيها شرائع مختلف الامم (٢). فقد عرفه الاستاذان محمد كامل مرسي وسيد مصطفى بانه (علم يبحث في القواعد القانونية التي هي اساس القوانين الوضعية المختلفة) (٣)

وعرفه الفقيه الانكليزى (هولاند) بانه (العلم الذى يبحث في النظريات والقواعد العامة المشتركة في شرائع الامم) (٤) .

---

(١) إن مصطلح « أصول القانون » ترجمة بتصرف لمصطلح (Jurisprodenc) الشائع الاستعمال في اللغتين الانكليزية والفرنسية .وهذا المصطلح يتكون في الأصل من كلمتين لاتينيتين هما « Jurist » و « Prudentia » . والكلمة الأولى تعنى (القانون) والثانية تعنى (العلم أو المعرفة). وبذلك تكون الترجمة الحرفية لهما (علم القانون أو حكمة القانون أو معرفة القانون) . يراجع الاستاذ عبد الرحمن البزاز ، مبادئ أصول القانون ، ١٩٥٤ ، ص٩. ويقول (DAIS). في هذا الصدد :

'The latin equivalent of the word) Juris prudece means either" Knowedge of law" or " skill in Law" Dais, jurisprudence. Third Edtion 1970, p.I.

(٢) الاستاذ عبد الباقي البكري ، المدخل لدراسة القانون والشريعة الاسلامية ، الجزء الأول. في النظرية العامة للقاعدة القانونية والقاعدة الشرعية . ١٩٧٢ ص٤.

(٣) محمد كامل مرسي وسيد مصطفى ، أصول القوانين ، ١٩٣٢ ،ص١١.

(٤) Holland, Slence of Law. p.15,

ظاهر من التعريفين اعلاه ان «علم اصول القانون» علم يتخذ من القانون برمته موضوعا له ، حيث يعنى ببيان معناه ، وخصائص قواعده ، وطبيعته ، ومصادره ،واقسامه ،وتفسيره ،والغائه . كما يبين الحقوق المتولدة عن العلاقات القانونية الناشئة بين الاشخاص والتي يتولى القانون تنظيمها وحمايتها. لذلك فان مهمة هذا العلم لاتقف عند استخلاص نظرية للقانون بل تتعداه الى رسم نظرية للحق ايضاً :

٢ ـ أهمية مادة اصول القانون ومدى الاهتمام بها :

لمادة اصول القانون اهمية بالغة للمبتدىء بدراسة القانون ،لانه يستطيع بفضل دراسته لهذه المادة من تكوين فكرة عامة عن القانون من حيث ، معناه وخصائصه ،وطبيعته ،وتطبيقه ،وتفسيره ،والغائه .

ولا تقتصر اهمية مادة اصول القانون على المبدئين بدراسة القانون ، بل تتعداهم الى كل فرد من افراد المجتمع ،لان هذه المادة تهتم ،الى جانب اهتمامها بالقانون ،بتنظيم العلاقات التي تنشأ بين الاشخاص والحقوق والواجبات التي تنشأ من هذه العلاقات ووسائل حمايتها .والعلم بهذه الامور يعتبر ذات أهمية وفائدة لكل فرد حتى يكون على بينة بحقوقه وواجباته.

وبسبب من هذه الاهمية نجد ان مختلف الامم عنيت بهذا العلم منذ القديم وبذلت الكثير لوضع اسس وحدود واضحة له .

فالاغريق تعرضوا لبعض مسائل علم اصول القانون ، حيث بحثوا طبيعة القانون ومصادره، الا انهم لم يتجاوزوا هذا النطاق الضيق. كما ان الرومان، رغم براعتهم في صناعة القانون، لم يكترثوا بدراسة المبادىء العامة الا في نطاق ضيق لا يتعدى بعض مسائل القانون الطبيعي وقانون الشعوب ومصادر القانــون .

اما الفقهاء الالمان فانهم أسهموا اسهاما كبيراً في تطوير وازدهار الفلسفة القانونية التي ظهرت في اواخر القرن الثامن عشر وبداية القرن التاسع عشر.

وظهرت في المانيا مذاهب متعددة كمذهب التطور التاريخي (مذهب سافيني) ومذهب الغاية والكفاح (مذهب اهرنج) .

وفي ايطاليا قامت في بداية الامر حركة ترجمة للمؤلفات الالمانية في فلسفة القانون ، ثم استقل الفقه الايطالي في الابحاث العلمية وظهر في ايطاليا فلاسفة للقانون امثال (مانشيني ولومبروزو وجيوبرتي) .

وصادفت دراسة أصول القانون اهمية خاصة في انكلترا والولايات المتحدة الامريكية بسبب اعتماد القانون فيهما على السوابق القضائية. فالقانون الانكليزى يرجع في اصله الى القانون العمومي (Common Law) غير المكتوب الذى تطور مع الزمن بفعل السوابق القضائية (Legal Precedent) الامر الذى دفع الفقهاء الانكليز الى البحث عن طريقة لاستخلاص قواعد عامة تربط اجزاء القانون المبعثرة في مقررات القضاء . وهذا هو السبب في عناية الفقهاء هناك بهذا العلم . (١)

اما في فرنسا فان دراسة علم اصول القانون جاءت متأخرة حيث لم تبدأ الا منذ وقت قريب ، وذلك لاعتماد القانون الفرنسي على التشريع.

واسهم الكتاب الروس في هذا العلم ، حيث اقبلوا على دراسته دراسة تقوم على المزج بين الطريقتين التحليلية والتاريخية متجنبين اللجوء الى المجردات العقلية وابرز الكتاب الروس في ميدان هذا العلم هو «كوركونوف» (٢)

واهتمت المعاهد العلمية في مصر بهذه الدراسة مذ عام ١٩٢٣ والفت فيها منذ ذلك التاريخ مؤلفات كثيرة .

اما في العراق فان اول مؤسسة لتدريس العلوم القانونية تأسست عام ١٩٠٨ في بغداد وكانت تسمى ب(مدرسة الحقوق) ولم تكن مادة (اصول القانون) من ضمن المواد المقررة في هذه المؤسسة .

(١) الاستاذ عبد الرحمن البزاز ، مبادئ أصول القانون ، ١٩٥٤ ، ص١٥.
(٢) الاستاذ عبد الباقي البكري ، المرجع السابق ، ص١٥.

وبقي الوضع على هذا الحال حتى بعد اعادة تنظيم المدرسة المذكورة وتسميتها بـ (كلية الحقوق) واستمر الحال الى عام ١٩٣٥ حيث انتدب في هذا العام المرحوم الدكتور احمد عبد الرزاق السنهوري الى العراق وعين عميداً لكلية الحقوق فوضع نظاماً جديداً للكلية ادخل بموجبه مادة (اصول القانون) ولاول مرة ضمن المواد المقررة في السنة الاولى . الا ان تسمية هذه المادة غيرت من اصول القانون الى (المدخل لدراسة القانون) عام ١٩٥٩ (١) .

وكانت هذه المادة تدرس في العراق ، دراسة شاملة في الصف الاول من كلية القانون والسياسة وفي الصفوف الاولى في الكليات والمعاهد المعنية الى ان اقتطع الجانب الفلسفي منها ، وجعلت مادة مستقلة تدرس في الصف الرابع باسم (فلسفة القانون) ثم رفعت من المناهج الجديدة .اما موضوعاتها الاخرى فظلت تدرس ضمن مناهج الصف الاول من قسم القانون باسم (المدخل لدراسة القانون)والصف الثالث من قسم السياسة تحت اسم (اصول القانون) .

٣ــ تقسيم الموضوع :

تبين لنا مما تقدم ان علم اصول القانون علم يتخذ من القانون موضوعا له. كما انه يتناول بالتنظيم العلاقات بين الاشخاص والحقوق والواجبات التي تنشأ من هذه العلاقات .لذلك فان مهمة العلم لاتقف عند استخلاص نظرية للقانون بل تتجاوز ذلك الى استخلاص نظرية للحق ايضا .

وعليه سنقسم هذا المؤلف الى كتابين :نخصص اولهما لـ(نظرية القانون) وثانيهما لـ(نظرية الحق) .

(١) يفضل بعض الشراح –بحق– التسمية الجديدة للمادة لكونها أكثر انسجاماً من التسمية السابقة مع موضوعات هذه المادة . لأن كلمة (أصول) هي جمع (أصل) وهذا يعني لغة(المصدر أو المنبع) وعلى ذلك يكون معنى (أصول القانون) هو (مصادر القانون). في حين أن المادة لاتقتصر على مصادر القانون وإنما هي تشمل إلى جانب ذلك موضوعات أخرى كموضوع أقسام القانون وطبيعته ووظيفته وتفسيره والغائه .الدكتور مالك دوهان الحسن . المدخل لدراسة القانون ، الجزء الأول . النظرية العامة للقاعدة القانونية ، ١٩٧٢ ،ص٦.

الكتــاب الاول

نظرية القانون

دراسة «نظرية القانون» تقتضي البحث في الامور التالية التي سنخصص لكل منها بابا خاصــا :

الباب الاول : التعريف بالقاعدة القانونية

الباب الثاني : طبيعة القانــون

الباب الثالث : وظيفــة القانــون

الباب الرابع : مصادر القانــون

الباب الخامس : انواع القواعد القانــونيـة

الباب الأول

التعريف بالقاعدة القانونية

الفصل الأول

معنى القاعدة القانوية

تحديد معنى القاعدة القانونية يقتضي منا التطرق الى معنى القانون لغة واصطلاحاً ، وضرورة القانون ، وعلاقته بالعلوم الاجتماعية الاخرى ، وتمييز القواعد القانونية عن القواعد الاجتماعية الاخرى .

المبحث الاول

معنى القانون لغة واصطلاحاً

اختلف الشراح والكتاب في تحديد اصل لفظ (القانون) . فالبعض منهم يعتبر هذا اللفظ عربي الاصل مادة وشكلا فان مادته «قنن ، قن» والقن – بفتح القاف – معناه تتبع الاخبار والتفقد والتبصر ، وكلا المعنيين راجع الى الامعان في معرفة الاشياء بمتابعة أخبارها او تفقد احوالها بالبصر. أما شكله فمن الصيغ العربية الأصيلة كذلك، فهو من صيغة (فاعول) الدالة على الكمال ببلوغ الغايةفي معنى المادة المعرفة بهذه الصيغة، تقول فلاناً «شاغول» اى كثير الشغل دائب عليه مع القدرة على الاتيان به. فشاغول من الشغل بزيادة الف بعد حرفه الاول وواو بين الثاني والاخير من حروفه وقانون من قنن كلاهما على زنة «فاعول» كما ترى . ولان معيار كل شيء ومقياسه هو الذى يعرف به الشيء معرفة تامة مزيلة للبس والابهام ،فان العربية استعملت لفظ القانون بمعنى المعيار والقياس . يقول الفيروز آبادى في قاموسه المحيط «القانون مقياس كل شيء» وقد توفي هذا اللغوى قبل خمسمائة وسبعين عـــامـــاً

وإذ كانت حقائق حال هذا اللفظ ما بيناه فإننا نرى القول صحيحا الا بانتقاله من عام اللغة الى خاص المصطلح الفقهى .

وما اكثر ما استمدت العلوم مصطلحاتها من اللغة فاستعارت ألفاظا لها في اللغة معنى عام واستعملتها في معان علمية خاصة لوجود علاقةبين المعنيين. اما العلاقة بين المعنيين اللغوى والاصطلاحي للفظ القانون فليست مما يخفى فان معناه اللغوى هو المعيار والمقياس ،ومعناه الاصطلاحى الاحكام التشريعية والفقه ،وقد مرعلينا ان القانون انما يبحث في سلوك (الاشخاص وافعالهم، فالقانون هو المقياس الذى يقاس به السلوك والافعال بغية التحقق من من عوارضها وآثارها والتمييز بين حسنها وقبيحها صحيحاً وباطلها وما الى ذلك من أحوال ...) (١) .

ويذهب الرأي الراجع الى أن لفظ (القانون) لفظ أجنبي دخيل على اللغة العربية . الا ان اصحاب هذا الرأى يختلفون في تحديد اصله. فقال البعض ان اصله رومي .وقال آخرون انه فارسي الاصل . ونسبه فريق اخر منهم الى اللغة السريانية . كما نسبه فريق آخر الى العبرية . ولكن اكثر الكتاب ذهبوا الى القول انه لاتينى الاصل ومستقى من كلمة (Kanon) التي تعنى القاعدة او التنظيم (٢) . وكانت تطلق في العصر المسيحى على القرارات التي تصدرها الكنيسة (٣) .

---

(١) الدكتور عبد الله النقشبندي ، علم أصول القانون ، ١٩٦٧ (مطبوعة بالرونيو) ص٢١و٢٢.

(٢) يلاحظ :

Frederic.M. Goadby, intro duction To The Study of Law Third Edition 1921 p23.

والدكتور سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية ١٩٦٦، ص٣. الاستاذ عبد الرحمن البزاز ، المرجع السابق ، ص٧. الاستاذ أحمد صفوت ، مقدمة القانون ط٢ ١٩٢٤، ص ١٥.
وفي هذا الصدد يقول الدكتور ثروت أنيس الاسيوطي أن (الكلمة العربية «قانون» ليست كلمة عربية كما هو معلوم بل هي معربة عن الأصل اليوناني (Kanon) أي العصا المستقيمة وتستخدم مجازاً في معنى القاعدة والقدوة والمبدأ. فالتركيز في الاصطلاح اليوناني ليس على مفهوم العصا وإنما على دلالة الاستقامة لذا عبرت اللغات اللاتينية والجرمانية عن القانون بكلمة الاستقامة (Droit) بالفرنسية و (Diritte) بالايطالية و(Derecho) بالاسبانية و (Recht) بالالمانية، وفي اللاتينية (Directur) وهذه من (Rectus) أي المستقيم) فلسفة القانون ، الجزء الأول ١٩٧٥ (مطبوعة بالرونيو) ص١.

(٣) الدكتور مختار القاضي ، أصول القانون ١٩٦٠، ص١٢.

بدء باستعمال مصطلح (القانون) في البلاد العربية عندما بدأت الدولة العثمانية منذ منتصف القرن التاسع عشر سن قوانين اقتبست احكامها من القوانين الغربية وسمت كلاً منها (القانون) . وظل استعمال المصطلح المذكور في الدول العربية قائماً في الروابط القانونية حتى بعد نشأتها وانسلاخها من الدولة العثمانية .

وللقانون معنى في اللغة واخر في الاصلاح القانوني ، (١) ففي اللغة يقصد بكلمة (القانون) كل قاعدة مطردة يحمل اطرادها معنى الاستمرار والاستقرار والنظام سواء في مجال العلوم الاجتماعية ام في مجال العلوم الطبيعية. فلفظ القانون بهذا المعنى اللغوي يعنى وقوع أمر معين بصورة متكررة وعلى نمط واحد كلما توافرت ظروف خاصة معينة بحيث يبدو الامر وكأنه خضع لنظام ثابت ، فيقال مثلا (قانون الكون) ويراد به نظام الكون المستقر من دوران الكواكب وسيرها وتعاقب الليل والنهار . ويقال كذلك (قانون العرض والطلب) ويراد به القاعدة المستقرة في علم الاقتصاد والتي تقرر اثر عرض وطلب السلع والخدمات على ارتفاع الاسعار والاجور وانخفاضها .

وللفظ القانون في الاصطلاح القانوني معنيان احدهما عام والاخر خاص. والقانون بمعناه العام هو مجموعة القواعد التي تنظم العيش في الجماعة والتي يجب على الكافة احترامها احتراما تكفله السلطة العامة بالقوة عند الضرورة . فيقال مثلا : القانون الروماني او القانون الانكليزي او القانون العراقي .

ويراد بهذا اللفظ بمعناه الخاص التشريع الذى تصدره السلطة التشريعية لتنظيم موضوع معين .فيقال مثلا :قانون العمل او القانون المدني اوقانون التنفيـــذ .

---

(١) في المعاني المختلفة للفظ القانون يراجع : الدكتور عبد المنعم البدراوي ، المدخل للعلوم القانونية ،١٩٦٦، ص١٧. الدكتور حسن كيرة، أصول القانون، ١٩٥٩، ص١١. الدكتور توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية، ١٩٦٧، ص٦١. الدكتور سليمان مرقس، المرجع السابق، ص٥.

فالقانون بمعناه الخاص يعد نوعا من انواع يشملها القانون بمعناه العام. ويلاحظ ان المعنى الاخير هو المعنى الشائع في اذهان الناس ،فهناك خلط بين المعنى الخاص للفظ القانون ،والسبب في ذلك يعود الى تعاظم اهمية التشريع حيث ياتي في طبيعة مصادر القانون كما ستبين لنا عند دراستنا لهذه المصادر .

ومع ذلك يجب التنبيه الى وجوب التمييز بين المعنيين . فالقانون بمعناه العام اوسع نطاقاً من القانون بمعناه الخاص لان التشريع ليس الا مصدراً من مصادر القانون المتعددة.فكل تشريع هو قانون وليس كل قانون تشريعا. ويلاحظ ان لامحل لهذا الخلط في اللغتين الانكليزية والفرنسية لوجود لفظ خاص لكل من القانون بمعناه العام والقانون بمعناه الخاص .ففي اللغة الانكليزية يطلق على القانون بمعناه العام لفظ Law وعلى القانون بمعناه الخاص لفظ Legislation وفي اللغة الفرنسية يطلق على القانون بمعناه العام Droit وعلى القانون بمعناه الخاص لفظ . Legislation

ولكن هناك خلط في اللغة الفرنسية بين اصطلاح (القانون) واصطلاح (الحق)حيث يستعمل للدلالة عليهما لفظ Droit وقد حارل البعض رفع هذا البس باستعمال اصطلاح Droit Objectif للدلالة على (القانون) واصطلاح Droit Subjectif للدلالة على (الحق) (١). كما حاول آخرون التمييز بين القانون والحق على اساس وجود علامة الجمع للدلالة على الحق Droits وعدم وجودها للدلالة على القانون .

ويلاحظ ان هذا الغموض قد انتقل الى اللغة العربية عن طريق الترجمة غير الدقيقة حيث استعملت منذ عهد الدولة العثمانية (حقوق روما) للتعبير عن (القانون الروماني) ومصطلح (حقوق الدول) للتعبير عن (القانون الدولي)

---

(١) د.محمد كامل مرسي وسيد مصطفى، المرجع السابق، ص٤٣.
والاستاذ عبد الرحمن البزاز ، المصدر السابق، ص٢٢.

ومصطلح (الحقوق العينية)للتعبير عن (القانون المدني) (١) .

ولكن المشرع العراقي انتبه الى هذا الامر ولذلك سمى الاحكام العقابية بـ(قانون العقوبات) وسمى الاحكام المدنية بـ(القانون المدني) .

ويلاحظ ان الخلط الذي حصل نتيجة الترجمة غير الدقية التي حصلت في زمن الدولة العثمانية لايزال موجوداً في تركيا حيث يسمى القانون الروماني بـ (Roma Hukuku) والقانون المدني بـ (Medeni Hukuku) وقانون الجزاء بـ (Ceza Hukuku) اما في اللغة العربية فلا مجال لهذا اللبس لان لكل من المصطلحين لفظا خاصا به وهو (قانون) و(حق) . وكذلك الامر في اللغة الانكليزية حيث يعبر عن القانون بلفظ Law وعن الحق بلفظ .. Riglot

وعلى كل فان المعنى الذي يهمنا في دراستنا هذه هو المعنى العام الاصطلاحي للفظ القانون .

ومن المفيد ، ونحن بصدد تحديد معنى مصطلح القانون ، ان نبين هنا معاني مصطلحات اخرى كالشريعة والقانون الوضعي والنظام القانوني لمنع الخلط بينها وبين معنى مصطلح القانون .

آ ــ الشريعة :

الشريعة هي مجموعة من القواعد والنظريات القانونية التي تسود مجتمعاً متجانسا يضم دولاً متعددة تربطها روابط مشتركة ، ومثالها الشريعة الاسلامية التي تعتبر مصدراً للقوانين الوضعية الصادرة في المجتمع الاسلامي والشريعة اللاتينية التي تسود الدول اللاتينية ، والشريعة الانكلوسكسونية التي تعم المجتمع الانكلوسكسوني كبريطانيا والولايات المتحدة الامريكية ، والشريعة الجرمانية ، التي تسود البلاد الجرمانية كالمانيا والنمسا ، والشريعة البلشفية التي تسود اتحاد الجمهوريات السوفيتية والدول الشيوعية الاخرى .

---

(١) الاستاذ عبد الرحمن البزاز ، المرجع السابق ، ص٢٣.

ب ـ القانون الوضعي :

يعرف بعض الفقهاء القانون الوضعي بانه هو القانون الموضوع من البشر . والقانون الوضعي بهذا المعنى يقابل القانون السماوي الذي هو من وحي الله تعالى او يقابل القانون الالهي بصورة اعم والذي هو من صنع قوة عليا غير منظورة . ولكن الرأي الراجح يعرفه بانه مجموعة القواعد القانونية التي تحكم سلوك الافراد بالفعل ، في دولة معينة في وقت معين ، تشريعية كانت ام غير تشريعية (١) . فيقال مثلا القانون الوضعي العراقي ويقصد بذلك مجموعة القواعد القانونية التي تطبق في العراق سواء كان مصدرها التشريع او العرف او الدين .

جـ ـ النظام القانوني :

النظام القانوني عبارة عن مجموعة من القواعد القانونية المتماسكة فيما بينها والتي ترمي في مجموعها الى تحقيق غاية واحدة . فنظام الزواج ، نظام قانوني يضم مجموعة من القواعد التي تنظم حقلا من حقول الحياة الاجتماعية وترمى الى تحقيق غاية واحدة هي تنظيم شؤون الاسرة ، فتحكم الرابطة الزوجية في نشوئها وحياتها وانحلالها وآثارها .

---

(١) الدكتور عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة القانون-نظرية القانون-١٩٧٠ ،ص١٧٦ والدكتور سليمان مرقس،المرجع السابق، ف٧،ص٦.والدكتور عبد الفتاح عبد الباقي،ف٢١، ص٣٧. الدكتور توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص٧١. الدكتور حسن كيرة، المرجع السابق،هامش (١)، ص١٣,

المبحث الثاني

ضرورة القانون

يولد ويعيش ويموت الانسان في الجماعة . فالانسان الذي يعيش بمفرده ليس الا فرضية خيالية لا أساس لها من الواقع . خاصة وانه لم يثبت، الى وقتنا الحاضر ، وجود الانسان الذي يعيش بمفرده بعيداً عن الجماعة .

ويلاحظ ان الفلاسفة القدامى ينكرون ذلك ايضا . فالمفكر اليوناني (ارسطو) يقول في هذا الصدد ان الانسان حيوان اجتماعي .

كما يقول انه يجب لامكان تصور وجود كائن ما بمعزل عن الجماعة ان يكون هذا الكائن شيئا غير الانسان (١) .

فالثابت اذن هو ان الانسان لايمكن ان يعيش الا في الجماعة .

والانسان الذي يجد نفسه مضطراً للعيش في الجماعة يضطر الى تأسيس علاقات مع غيره من أفراد الجماعة التي يعيش فيها . فالفرد بأنتسابه لعائلة معينة يكون على تماس مستمر مع بقية افراد عائلته . ولكونه يعيش في جماعة معينة يكون على تماس مستمر مع بقية افراد هذه الجماعة. وكل ذلك يؤدي الى تولد علاقات مؤقتة او مستمرة بينه وبين افراد عائلته وافراد الجماعة التي يعيش فيها .
وهذه الروابط تستلزم تنظيما اجتماعيا لسلوك الافراد ، وهذا التنظيم لايتحقق لا بوجود قواعد قانونية ترسم سلوك الافراد في المجتمع ببيان ما لكل فرد من افراد المجتمع من حقوق وما عليه من التزامات .

فالقانون ضروري لتنظيم الروابط الاجتماعية . والفرد يصدر —كما هو معلوم — في تصرفاته عن غريزة حب الذات ، فاذا ترك الامر له غلب مصلحته على مصلحة غيره ، وعندئذ تكون الغلبة للاقوى ، وتصبح القوة هي الحكم

Dr. Necip Bilge, Hukuk Baslangici Dersleri. 5 Basi 1960,(1) 5,3.

الفصل في تسوية العلاقات ، الامر الذي يفضى الى الفوضى في المجتمع وسيادة شريعة الغاب مما يهدد كيان المجتمع ويعرضه للانهيار .

ومما تقدم يبدو لنا بوضوح ان الحاجة الى القانون وليدة العيش في الجماعة فالقانون ضروري لقيام الجماعة ودوامها وتقدمها ، لانه بفضل قواعده التي تنظم الروابط الاجتماعية يتحقق عيش الافراد جنبا الى جنب في سلام ووئام .

المبحث الثالث
علاقة علم القانون بالعلوم الاخرى
وتميز القاعدة القانونية عن القواعد الاجتماعية الأخرى

١ ـ علاقة علم القانون بالعلوم الاخرى :

لعلم القانون علاقة بعلوم اخرى هي مايلي :ـ

آ ـ علم القانون وعلم الاجتماع :

علم الاجتماع من العلوم الاجتماعية الوصفية لانه يدرس الظواهر الاجتماعية من حيث اسبابها ونتائجها، ويستخلص من ذلك قواعد عامة مؤداها ان نتائج معينة ستترتب كلما توافرت شروط واحدة. وقد تفرع من علم الاجتماع فرع يسمى ب (علم الاجتماع القانوني) رعلم الاجتماع القانوني يعنى بدراسة سلوك الناس إزاء القواعد القانونية المطبقة واستخلاص النتائج الاجتماعية المترتبة على سن تشريع او تعديله او الغائه ويرشد المشرع إلى ما ينبغي سنه من قواعد قانونية جديدة او إلى ما ينبغي تعديله او الغائه من القواعد القانونية القائمة .

اما علم القانون فهو من العلوم الاجتماعية التوجيهية لانه لا يقتصر على دراسة ما هو كائن بل يتعدى ذلك إلى دراسة ما يجب ان يكون، لذلك فهو يختلف عن علم الاجتماع لان الاخير يقتصر على دراسة وبيان ما هو كائن.

ورغم الاختلاف المذكور بين علم القانون وعلم الاجتماع فالصلة وثيقة بينهما، لان خلق وتطبيق القاعدة القانونية يتوقف إلى حد بعيد على معرفة الحقائق الاجتماعية التي يقدمها علم الاجتماع القانوني للمشرع ، لانه بمعرفة هذه الحقائق يستطيع المشرع تغيير القواعد القانونية الموجودة او اقرار قواعد قانونية جديدة. فمثلا اذا سجلت البحوث الاجتماعية ظاهرة تزايد نسبة

الطلاق وجب على المشرع معالجة هذه الظاهرة بتشريع قواعد قانونية جديدة تحد من حق الطلاق وتقيده. واذا اشارت هذه البحوث إلى تزايد السكان تزايداً خطيراً، تعين على المشرع التدخل وسن قواعد قانونية جديدة تحد من هذا التزايد كتشريع قواعد قانونية تسمح بتحديد النسل بالطرق الطبية.

ب ـ علم القانون وعلم الاقتصاد السياسي :

العلاقة وثيقة بين علم القانون وعلم الاقتصاد السياسي ، لان التأثير متبادل بينهما . فللعوامل الاقتصادية اثر لاينكر في خلق وتطوير القانون مما يستلزم معرفة الاتجاه الاقتصادى قبل الشروع بوضع القواعد القانونية. فالاقتصاد الحر يستوجب اطلاق حق الملكية وحرية تداول الاموال في حين ان مذهب الاقتصاد الموجه يستوجب تقييدها. كما ان ظهور المذهب الاشتراكي ادى إلى تقييد فكرة الحقوق ، فبعد ان كانت الحقوق ـ ومنها حق الملكية ـ حقوقاً مطلقة ، اصبحت تعتبر وظائف اجتماعية . ويلاحظ ان اتساع النشاط الاقتصادى ادى إلى ظهور قواعد قانونية خاصة جديدة كالقواعد القانونية الخاصة بالتأمين والقواعد القانونية الخاصة بالنقل وغيرها .

وكذلك القانون فأنه يؤثر في الاقتصاد ،لان وجود قواعد قانونية معينة تؤدى إلى ظواهر اقتصادية معينة ماكان وجودها ممكناً لولا وجود تلك القواعد القانونية . فمثلا ان وجود القواعد التي تشرع لتحقيق حماية المصنوعات الوطنية من مزاحمة البضائع الاجنبية تؤدى إلى رفع او خفض التعريفة الكمركية .

ج ـ علم القانون وعلم التاريخ :

وهنالك صلة بين علم القانون وعلم التاريخ لان الدراسات التاريخية تمكن المشرع من معرفة التشريعات القديمة ومدى نجاحها او فشلها في التطبيق وعلى ضوء هذه المعرفة التي هي حصيلة تجارب الماضي يستطيع المشرع ، عند وضع قواعد قانونية جديدة ،تجنب القواعد القانونية القديمة التي اشارت

الدراسات التاريخية إلى فشلها والابقاء على تلك التي ثبت صلاحها او يسير في طريق التطور بالتجديد والابداع .

يضاف الى ذلك ان النظم القانونية وليدة تطور طويل على مدى التاريخ ولذلك لايمكن فهمها الا بالرجوع إلى تاريخ نشأتها والاطلاع على الظروف التاريخية المحيطة بذلك وهذا هو في الواقع ، السبب في ضرورة الالمام بتاريخ القانون لفهم النظم القانونية المعاصرة .

د- علم القانون وعلم النفس :

لعلم النفس صلة بعلم القانون ايضا فهو يساعد في حل كثير من المشاكل التي تصادف تطبيق القانون . فمثلا يجب لتقدير شهادات الشهود الاطلاع على الحالة النفسية للشاهد وينبغي لتقدير القصد الجنائي دراسة نفسية المتهم لكشف هذا القصد . كما ان لعلم النفس الجنائي اهمية خاصة في مسألة معاملة المجرمين وخاصة الاحداث منهم ، حيث يخضع المجرم الحدث لمحاكم واجراءات خاصة. فالمجرم الحدث يحاكم امام محاكم الاحداث ،وتتبع في معالجة حالته وسائل خاصة كالمدارس الاصلاحية التي اخذت تحل محل العقاب في جرائم الاحداث .

هـ- علم القانون وعلم الاجرام :

لعلم الاجرام صلة وثيقة بالقانون الجنائي لانه يتناول شخصية المجرم ووسطه الاجتماعي والعمل الاجرامي ودوافعه والوسائل المساعدة للجريمة وطرق اكتشاف الجريمة ووسائل مكافحتها . ومن الطبيعي ان تكون لهذه الامور التي يتناولها علم الاجرام اهمية كبيرة بالنسبة للقانون الجنائي .
والواقع ان هذا هو الدافع الى تدريس مادة علم الاجرام في كليات القانون.

و- علم القانون وعلم السياسة :

التأثير متبادل بين علم القانون وعلم السياسة. فالقانون في كل بلد هو

الذي يحدد النظام السياسي وشكل الحكم والتنظيمات الدستورية المختلفة فيه. كما ان للاتجاهات السياسية والاجتماعية والاقتصادية التى تسود في مجتمع اثرها في تطور القوانين. وخير مثال على ذلك هو ما يجرى في القطر العراقي اذ ان القوانين التى صدرت بعد ثورة ١٩٦٨ كقانون العمل وقانون الاصلاح الزراعي وقوانين التأميم وقانون تنظيم الملكية الزراعية في منطقة الحكم الذاتي ليست الا نتيجة حتمية للفلسفة السياسية والاجتماعية والاقتصادية للثورة.

ز- علم القانون والطب :

الصلة وثيقة كذلك بين علم القانون والطب. فالطبيب يساعد على حل بعض المشاكل التى تعترض سبيل تطبيق القانون. فمثلا يجب الرجوع إلى الطب لتحديد مدة الحمل التى على ضوئها يمكن اثبات النسب كما يجب الاستعانة بالطب لمعرفة اسباب الوفاة كدليل من ادلة اثبات الجريمة .
وهذا هو ما دعا إلى تدريس مادة الطب العدلي في مختلف كليات القانون في العالم

٢- تمييز القاعدة القانونية عن القواعد الاجتماعية الاخرى :

ان قواعد القانون لا تنفرد بتنظيم الروابط الاجتماعية، اذ توجد بجانبها قواعد اجتماعية اخرى تسهم في تنظيم هذه الروابط مما يقتضي التمييز بين هذه القواعد وبين قواعد القانون

والقواعد الاجتماعية هذه هي : قواعد الدين وقواعد أصول المجاملات وقواعد الاخلاق .

اولا : القاعدة القانونية والقواعد الدينية :

القواعد الدينية تنقسم بحسب مضمونها إلى ثلاثة انواع :
الأول: يشمل القواعد التى تنظم علاقة الفرد بربه وتسمى بـ (العبادات)،
والثاني : يشمل القواعد التى تنظم علاقة الفرد بنفسه، اي القواعد التى تتضمن

ما يجب على الفرد ان يتحلى به من فضائل وما يجب ان يبتعد عنه من رذائل وتسمى بـ (قواعد الاخلاق الشخصية) .والثالث يمثل القواعد التى تنظم علاقة الفرد بغيره كعلاقات البيع والايجار والاقتراض وغيرها وتسمى (قواعد المعاملات) (١) .

والنوع الذي يهمنا هنا هو النوع الاخير اي قواعد المعاملات. ويلاحظ في هذا الصدد ان قواعد المعاملات هذه تختلف عن القاعدة القانونية من حيث :

المصدر: مصدر القاعدة الدينية مصدر سماوي. اما القاعدة القانونية فهي وضعية من صنع البشر .

الجزاء: القاعدة الدينية ذات جزاء مزدوج فبجانب الجزاء الذي يلقاه المخالف في الحياة الاخرى يعاقب بجزاء آخر دنيوى .

ومع وجود الفوارق اعلاه بين القواعد القانونية والقواعد الدينية فإن الصلة بينهما وثيقة. فالدين كان يلعب في الماضي دوراً هاما في مجال القانون عندما كان القانون عبارة عن قواعد يطبقها رجال الدين .

ولا تزال الشريعة الاسلامية تحكم في مسائل الاحوال الشخصية في الدول الاسلامية بل هي تحكم مسائل المعاملات في عدد من هذه البلدان .

وكانت الشريعة الاسلامية تحكم المعاملات في العراق حتى سنة ١٩٥٣ حيث طبق القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ . وهي اى الشريعة الاسلامية تعتبر اليوم مصدراً رسميا من مصادر هذا القانون وقد نصت على ذلك الفقرة

(١) يلاحظ أن الدين المسيحي يهتم بعلاقة الانسان بربه وبنفسه بينما لايعرض كثيراً لبيان قواعد المعاملات. أما اليهودية فانها وإن كانت أوسع مدى من المسيحية من حيث النطاق ، إلا أنها دين اختلط بالقومية فكانت تعاليمها لمجموعة معينة من الناس لاللناس جميعاً. أما الشريعة الاسلامية فإنها تتناول قواعد المعاملات إلى جانب قواعد العبادات والأخلاق الشخصية ، الدكتور حمد الكبيسي ، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية ١٩٧٠/٦٩ (مطبوع بالرونيو)ص١٧. نقلا عن الدكتور مالك دوهان الحسن المرجع السابق، ص٦٨ ، الدكتور محمد كامل مرسي وسيد مصطفى ، المرجع السابق ، ص٦٢.

الثانية من المادة الاولى من القانون المدني بقولها « فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فاذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة » .

كما يلاحظ ان الكثير من قواعد هذا القانون يرجع في اصله الى قواعد الشريعة الاسلامية كالقواعد الخاصة بالشفعة وغيرها .

ثانياً — القاعدة القانونية واصول المجاملات :

اصول المجاملات عبارة عن قواعد سلوك اجتماعية تجمعها فكرة واحدة هي المجاملة ، وتشير باتباع الفرد اصولا معينة في علاقاته بالغير ، كواجب التحية عند اللقاء ، والتهنئة في الافراح والمناسبات السارة ، والمواساة في الاحزان والظهور بمظهر خارجي معين والحديث بأسلوب لائق ومراعاة المواعيد .

وهذه القواعد تختلف باختلاف المكان والزمان . فما يعتبر من قواعد المجاملات في مجتمع معين قد لايعتبر كذلك في مجتمع آخر . كما ان ما يعتبر من قواعد المجاملات في وقت معين في مجتمع ما قد لايعتبر كذلك في وقت لاحق في نفس المجتمع .

وتختلف قواعد المجاملات عن القاعدة القانونية في انها لاتقترن بجزاء مادى تفرضه السلطة العامة ، وانما تقترن بجزاء معنوى عبارة عن استنكار الناس لسلوك من يخالف هذه القواعد ، ويعترض المخالف في الغالب لمعاملة مماثلة قد يرده ، الى صوابه . كما ان الفرد يخضع لقواعد اصول المجاملات من تلقاء نفسه دون ان يكون ثمة التزام قانوني عليه باحترامها ، ولا توجد فيها فكرة الحق (١) على خلاف القواعد القانونية .

ومع ذلك قد تتطور قاعدة المجاملة عند تزايد اهميتها الاجتماعية بحيث تستحق التحول الى قاعدة قانونية . فمثلا يعتبر في بعض البلدان من قبيل

(١) عبد الحي حجازي / المدخل لدراسة القانون . نظرية القانون . ص١٧٣ .

المجاملة ترك مكان ملائم للسيدات في عربات المواصلات العامة او سيارة نقل الركاب ثم تتطور هذه المجاملة الى قاعدة قانونية تخصص مكانا خاصا بالنساء وتفرض الجزاء على من يشغله من غير النساء (١) .

ثالثا ـ القاعدة القانونية وقواعد الاخلاق :

قواعد الاخلاق هي القواعد التى تحدد ما هو خير وما هو شر في مجتمع من المجتمعات في وقت معين . ويجب على كل فرد فيه ان يحترم هذه القواعد ويعمل بها والا تعرض لسخط المجتمع و ازدرائه .وهناك شبه كبير بين القاعدة الخلقية والقاعدة القانونية (٢) ،اذ ان كلتيهما من من القواعد التى تبين ما يجب ان يكون وترميان الى اقامة علاقات الناس بعضهم ببعض على اساس العدالة والمساواة وكلتاهما تعدان ملزمتين، ولكل منهما جزاء يترتب على مخالفتها ، كما ان العديد من النصوص القانونية ما هي في الواقع الا مجموعة قواعد خلقية بنيت عليها تلك النصوص ، فما تنهى عنه الاخلاق قد تحرمه القوانين ايضا .

فالقواعد الخلقية تمنع القتل والايذاء والسرقة والسب ، وكذلك الحكم في القوانين الجنائية ، ثم ان تلك القواعد الخلفية تمنع الاتفاقات المخالفة للاداب العامة ، كما هي الحال في القوانين المدنية فانها تعتبر هذه الاتفاقات المخالفة للاداب العامة باطلة ايضا .

ومع ذلك تختلف قواعد القانون من حيث الامور التالية :

النطاق :

نطاق قواعد الاخلاق أوسع من نطاق القواعد القانونية . فالقانون لايحكم الا السلوك الخارجي دون ان يهتم بالبواعث والنوايا. بينما تعنى قواعد الاخلاق

(١) شمس الدين الوكيل ، مبادئ القانون ، الطبعة الأولى ١٩٦٨. ص٣٤. مالك دوهان الحسن المرجع السابق ، ص٧٠ ، ٧١ .

(٢) DAIS, Jurisprudence, p. 36, 37.

الى جانب اهتمامها بالسلوك الخارجي للفرد بالنوايا والبواعث التى يضمرها الفرد في نفسه .

كما ان القانون وان كان يقترب في بعض الحالات من نطاق القاعدة الخلقية الا انهما قد يبتعدان عن بعضهما في حالات اخرى . فهناك قواعد قانونية يرتب المشرع على مخالفتها الجزاء القانوني دون ان يكون للأخلاق علاقة بذلك . ومثال ذلك القاعدة المقررة في القانون والتى تشترط لانتقال ملكية العقار تسجيل العقد في دائرة التسجيل العقاري (١) .

بل يلاحظ وجود قواعد قانونية تناقض ما تشير اليه قواعد الاخلاق كقواعد التقادم المسقط التى تمنع الدائن من المطالبة بحقه من المدين اذا سكت عن المطالبة فترة معينة (٢). وكذلك قواعد التقادم المكسب التى تجعل من حائز العقار مالكا له اذا مضت فترة من الزمن على حيازته له وتوافرت الشروط الاخرى (٣)

ففي المثالين السابقين نجد ان صاحب الحق ، يحرم من حقه بحكم القانون على خلاف ما تشير به قواعد الاخلاق . فالقواعد القانونية اعلاه تناقض ما تقضي به قواعد الاخلاق لان ضرورة استقرار المعاملات اباحت للمشرع اقرار قواعد التقادم المناقضة للقواعد الخلقية (٤) .

الجزاء :

يختلف جزاء القاعدة القانونية عن جزاء القاعدة الخلقية . فالاولى تقترن بجزاء مادي كالحبس والغرامة والحجز على اموال المدين وبيعها جبرا عنه ،

(١) تنص المادة ٥٠٨ من القانون المدني العراقي على أن (بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي ينص عليه القانون) .

(٢) تراجع المادة ٤٢٩ وما بعدها من القانون المدني العراقي .

(٣) تراجع المواد ١١٥٨ وما بعدها من القانون المدني العراقي.وللتفصيل يراجع مؤلفنا (شرح القانون المدني العراقي ، الحقوق العينية الأصلية ١٩٧٣، ص١٩٢ وما بعدها).

(٤) شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ص٢٨.

بينما الثانية تقترن بجزاء معنوي هو تأنيب الضمير لمن يخالفها ، ثم سخط واستنكار المجتمع على المخالف ونفوره منه . ولذلك فجزاء القواعد القانونية قابل بطبيعته للتنفيذ المادي على خلاف جزء القواعد الخلقية (١) .

السلطة التي توقع الجزاء :

السلطة التى توقع جزاء مخالفة القاعدة القانونية هي السلطة العامة (السلطة القضائية) ، في حين ان من يتولى فرض جزاء مخالفة القاعدة الخلقية هو ضمير المخالف نفسه ، ثم المجتمع الذي يعيش فيه .

الغاية :

تهدف القواعد القانونية إلى تحقيق النفع المادي للجماعة ، بينما تهدف قواعد الاخلاق إلى تحقيق غاية مثالية هو السمو بالانسان .

الوضوح :

قواعد القانون تكون واضحة ومعينة ويمكن التعرف عليها بسهولة بينما قواعد الاخلاق ليست كذلك لانها احاسيس داخلية فمرجعها ضمير الشخص وهي لذلك غير واضحة وغالبا ما يحيط بها الابهام والغموض (٢).

المضمون :

تختلف القاعدة القانونية عن القاعدة الاخلاقية في ان الاولى بخلاف الثانية ذات طابع تبادلي ، لان القاعدة الخلقية تقتصر على مجرد بيان الواجبات دون أن تتجاوز ذلك إلى تقرير الحقوق . فالقاعدة الخلقية التى تقضي على القادرين واجب مساعدة المحتاجين لاتنشيء بذلك للمحتاجين حقا في مطالبة القادرين بالعون . في حين ان القاعدة القانونية لاتكتفي ببيان الواجبات بل تقرر الحقوق إلى جانب ذلك . فالقاعدة القانونية التى تفرض على المالك واجب عدم الاضرار بالجار ضررا فاحشا عند استعماله لملكه

(١) المرجع السابق ، ص٣٠ ، ٣١

(٢) عبد الملك ياس ، أصول القانون ١٩٨٠، ص٢٩.

تنشيء حقا للجار في مطالبة المالك بعدم الاضرار به ضرراً فاحشا وتعويضه عن الاضرار الفاحشة التى سببها له (١) .

(١) تنص الفقرة الأولى من المادة ١٠٥١ من القانون المدني العراقي على أن (لا يجوز لمالك أن يتصرف في ملكه تصرفاً مضراً بالجار ضرراً فاحشاً . والضرر الفاحش يزال سواء كان حادثاً أو قديماً). يراجع في تحليل وشرح هذه المادة ص٥٨ ، ٥٩من مؤلفنا (شرح القانون المدني العراقي – الحقوق العينية الأصلية – الطبعة الأولى ١٩٧٣.

الفصل الثاني

خصائص القاعدة القانونية

القاعدة القانونية (قاعدة سلوك اجتماعية عامة مجردة تقسر السلطة العامة الاشخاص على احترامها واتباعها ولو بالقوة عند الاقتضاء وذلك عن طريق توقيع جزاء مادي على من يخالفها) (١) .

ويمكن ان نستخلص من التعريف اعلاه الخصائص التالية للقاعدة القانونية:

١ ـ القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعية .

٢ ـ القاعدة القانونية قاعدة عامة مجردة .

٣ ـ القاعدة القانونية قاعدة تنظم الروابط بين الاشخاص .

٤ ـ القاعدة القانونية تقترن بجزاء مادى توقعه السلطة العامة.

وفي ادناه سنتناول هذه الخصائص كلا على حدة وفي مبحث خاص بها .

---

(١) في هذا المعنى راجع الدكتور عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون ١٩٤٦، ص١٠ ،الدكتور محمود سعد الدين الشريف : مذكرات في مدخل القانون ١٩٣٧، ص٥، الدكتور مالك دوهان الحسن، المصدر السابق، ص٢٧. الاستاذ عبد الرحمن البزاز ، المصدر السابق ، ١٩٥٨ ، ص٢١ .الدكتور عبد المنعم فرج الصدة ، مبادئ القانون ١٩٧٢، ص١٣. الاستاذ عبد الباقي البكري ، المرجع السابق ، ص٥٠ وما بعدها .

المبحث الاول

القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعيــة

لما كانت القاعدة القانونية تضبط النظام في الجماعة وترسم سلوك الاشخاص وتحكم الروابط فيما بينهم فلا يتصور وجودها الا حيث يوجد مجتمع بشري . فالمجتمع وما تنشأ عنه من علاقات وروابط اجتماعية بين اعضائه هو العامل الرئيس في خلق القانون .فلا قانون بلا مجتمع وبلا روابط اجتماعية.

ويقصد بالروابط الاجتماعية العلاقات القانونية التي تنشأ بين الاشخاص آدميين وحكميين كالشركات والمحافظات والدول وغيرهم .

ويلزم حتى يقوم القانون بتنظيم هذه الروابط قيام سلوك خارجي للشخص. فالقانون لايعنى بالنوايا والبواعث مالم تظهر إلى العالم الخارجي ، أي مالم يصاحبها سلوك خارجي . فمجرد عزم الشخص على قتل اخر مثلا لايدخل ضمن دائرة القانون ولكن اذا صحب هذا العزم تصرف خارجي بان يقع القتل مثلا تدخل القانون .

الا ان القانون قد يعتد بعامل النية في تحديد الجزاء ففي جريمة القتل نجد ان العقوبة تختلف باختلاف هذه النية ، حيث يعاقب قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ على جريمة القتل بالسجن المؤبد او المؤقت بحسب الاحوال بينما يعاقب عليها بالاعدام إذا ارتكبت مع سبق الاصرار. وتكون العقوبة اخف آذا ارتكبت الجريمة دون توافر نية القتل اصلا كما لو دهس سائق سيارة احد الاشخاص وتسبب بقتله خطأ (٤٠٥ ، ٤٠٦ ، ٤١١ م . قانون العقوبات) .

والقواعد القانونية تتنوع بتنوع الروابط الاجتماعية التي تنظمها . فقد تتعلق بمسائل الاحوال الشخصية للافراد كالزواج والميراث والطلاق والنفقة وقد تتعلق بمعاملاتهم المالية كالبيع والشراء والاجازة او قد تتعلق بعلاقتهم بغيرهم كالقوانين العقابية .

كما ان القواعد القانونية تختلف باختلاف الزمان والمكان . فهي تختلف من دولة الى اخرى فالقانون الذي يصلح للبيئة العراقية لايصلح للبيئة الفرنسية والانكليزية . كما ان القانون قد يختلف في البيئة الواحدة من عصر إلى آخر فهو يتطور بتطور المجتمع حتى يستجيب لحاجاته الجديدة ويساير اتجاهاته المستحدثة . وهذه الحقيقة هي التى تدعو المشرع إلى التدخل وتعديل احكام القانون القائم او تغييرها كي تتلاءم مع الظروف الجديدة في المجتمع (١).

ويلاحظ انه اذا كانت الدولة هي الشكل السياسي للمجتمع المعاصر فان ذلك لايعني ارتباط وجود القاعدة القانونية بوجود الدولة . فالقاعدة القانونية كما هو ثابت اسبق في وجودها من وجود الدولة في شكلها الحديث ، حيث عرفت المجتمعات الأولى كالاسرة والقبيلة القاعدة القانونية .

والقاعدة القانونية قاعدة سلوك لانها تنظم سلوك الافراد في المجتمع وهي في تنظيمها لسلوك الافراد تعمل على تقويم سلوك الفرد لاتقريره أي انها لاتقرر امراً واقعا تكشف عنه بل تبين ما يجب ان يكون عليه سلوك الفرد في المجتمع .

فكل قاعدة قانونية تتكون من عنصريين هما: (الفرض) و(الحكم) (٢) والفرض هو الواقعة (٣) التى يرتب القانون عليها اثراً قانونيا. اما الحكم

(١) عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ،ص١٥.

(٢) مثلا تنص الفقرة الثانية من المادة ٩٢ من القانون المدني العراقي على انه (فإذا أتفق المتعاقدان على أن العربون جزاء للعدول عن العقد كان لكل منهما حق العدول . فإن عدل من دفع العربون وجب عليه تركه وان عدل من قبضه رده مضاعفاً) فالفرض (الواقعة) في القاعدة القانونية أعلاه (العدول عن العقد) من جانب أحد المتعاقدين أما الحكم فهو فقد المتعاقد للعربون الذي دفعه في حالة عدوله عن العقد أو رد العربون مضاعفاً في حالة عدول المتعاقد الذي استلم العربون.

(٣) قد تكون الواقعة واقعة طبيعية لادخل للإنسان فيها .مثالها ماجاء في المادة ١١١٣ من القانون المدني العراقي التي تنص على أن (النهر إذا جاء بطمي على أرض أحد فهو ملكه . أما إذا كون الطمي أرضاً جديدة فهي ملك الدولة ولو كانت متصلة بأرض الغير ، وللمجاورين حق أخذها ببدل المثل). وقد تكون الواقعة من فعل الإنسان،ومثالها هو ماجاء في المادة ١١١٩ من==

فهو الاثر الذي يرتبه القانون على الواقعة (الفرض) . لذلك فان الحكم ، بهذا الاعتبار ، يتضمن معيارا لسلوك الافراد ، اذ يبين لهم ما يجوز لهم القيام به وما يجب عليهم القيام به وما يجب عليهم الامتناع عنه .

فالقاعدة القانونية في توجيهها لسلوك الافراد تتضمن اما اباحة عمل او امراً بعمل او نهيا عن عمل . وقد يرد ذلك في عبارة صريحة كالقاعدة القانونية التى تلزم المدين بالوفاء والقواعد القانونية التى تنهى عن القتل والسرقة في صورة تقرير عقوبة على القاتل والسارق . ولكن قد لايرد توجيه القاعدة القانونية لسلوك الافراد صراحة وانما يستفاد من مضمون القاعدة دون ان يوحى ظاهرها بانها تفرض سلوكا معينا واجب الاتباع . فالقاعدة القانونية التى تقر لكمال الاهلية بلوغ سن الثامنة عشر كاملة لاتتضمن امراً او نهيا او اباحة الا انها تفرض سلوكا معينا يستخلص منها ضمنا (١) ، لانها تفيد ان كل من بلغ الثامنة عشر كاملة يعتبر كامل الاهلية ويحق له ممارسة التصرفات القانونية وان من لم يبلغ هذه السن يمنع من ممارستها . وهذا النوع من القواعد القانونية يسمى بـ (القواعد التقريرية او المقررة) لانها تقرر احكاما معينة عند توافر شروط معينة دون ان يجيء في صياغتها امرة او ناهية او مبيحة .

- القانون المدني العراقي التي تنص على أنه (إذا أحدث شخص بناء أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحبها ، كان لهذا أن يطلب قلع المحدثات على نفقة من أحدثها . فإذا كان القلع مضراً بالأرض ، فله أن يمتلك المحدثات بقيمتها مستحقة للقلع). وقد تكون الواقعة حالة قانونية أو مركزاً قانونياً ، فإذا وجه شخصاً وعداً بجائزة لمن ينجز عملا معيناً فإن حالة قانونية وهي (صفة المدين) تنشأ من هذا التصرف القانوني (أي الوعد).

(١) الدكتور شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ،ص١٥.

المبحث الثاني

القاعدة القانونية قاعدة عامة مجـــردة

اختلف الفقهاء حول ما اذا كان وصفا (العمومية والتجريد) وصفين مترادفين ام لا . فالبعض منهم يذهب الى اعتبارها وصفين مترادفين وامكانية الاكتفاء باحدهما (١) . بينما يذهب الرأي الراجح الى وجوب اعمال الوصفين وعدم امكانية الاكتفاء باحدهما والاستغناء عن الاخر (٢) .

وعلى كل فان صفة العمومية تتحقق في القاعدة القانونية اذا كانت القاعدة تتوجه بخطابها الى الاشخاص دون ان تقصد شخصا معيناً بالذات وتعالج الوقائع دون ان تقصد واقعة معينة بالذات .

ان اتصاف القاعدة القانونية بالعمومية امر ضروري لتحقيق النظام والاستقرار في المجتمع ، لان اتصافها بهذه الصفة يحقق المساواة بين الناس أمام القانون ويبعدها عن الصفة الشخصية ويمنع تحيزها لمصلحة شخص أو ضد شخص معين (٣) . وكل ذلك ، أي اخضاع الوقائع والاشخاص لقواعد واحدة بصرف النظر عن ذواتهم ، يضمن للقاعدة القانونية القبول والاستحسان من الافراد والاستمرار في التطبيق .

فالقاعدة التي تلزم كل من أحدث ضرراً للغير بدونوجه حق بتعويض هذا الضرر تعتبر قاعدة قانونية لانها عامة تنطبق على كل من تتوافر فيه شروط انطباقها . الا ان الامر الاداري الذي يصدر باغلاق مصنع معين والحكم القضائي الصادر بالزام شخص بالذات بدفع مبلغ من المال لاخر ، لايعتبران قاعدة قانونية

---

(١) الدكتور أحمد سلامة المدخل لدراسة القانون، ص٥٥.

(٢) الدكتور عبد الحي حجازي ،نظرية القانون ،ص١٣٣.

(٣) الدكتور برهام عطا الله ، أساسيات القانون الوضعي ، مدخل إلى الدراسات القانونية ، الطبعة الأولى ١٩٦٨ ، ص٨، ٩. الدكتور عبد الحي حجازي ، نظرية القانون ، ص١٣٤.

لعدم اتصافهما بالعمومية فالاول يقتصر تطبيقه على شخص معين ، كما ان الاوا مر الادارية الموجهة لاشخاص معينيــن بذواتهــم لاتعتبـر قانونا وان اتخذت شـكل القانــون . فالامر الذي يصدر بنزع ملكية عقار مملوك لشخص والقرار الذي يصدر بمنح ارملة شخص معين راتبا تقاعدياً استثناءاً من القانون لايعتبر قانونا (١) . لان القاعدة القانونية – بخلاف الامر الاداري والحكـم القضــائي – اذا انطبقـت عـلى شخص أو على علاقة معينة فانها لاتنتهي عند ذلك التطبيق ، بل تبقى قائمة لكي تطبق على كل شخص وعلى كل علاقة تتوافر فية شروط تطبيقها . فالقاعدة القانونية تظل صالحة للتطبيق طالما لم تلغ من قبل الجهة المختصة .

ومع ذلك يذهب رأي حديث الى وجود نوعين من القواعد القانونية : أولهما هو القواعد القانونية الموضوعية (أي القواعد القانونية العامة والمجردة اللاشخصية) . وثانيهما هو القواعد القانونية الشخصية وهي التي تخاطب أشخاصا معينين بالذات . وهذه القواعد تعتبر قواعد قانونية ايضاً لان للمشرع الحق في ان يعطي القوانين التي يصدرها المضمون الذي يراه مناسباً فله ان يضمنها قواعد فردية ذاتية أو ان يضمنها قواعد عامة مجردة من جهة ، ولان العمومية والتجريد ليسا شرطاً في القاعدة القانونية بقدر ما هما شرط في القاعدة العادلة من جهة اخـرى (٢) .

ولايمكن التسليم بهذا الرأي لان الامر الاداري والحكم القضائي يختلفان عن القاعدة القانونية كما اسلفنا ، فالقاعدة لاترقى الى درجة القاعدة القانونية اذا كانت فردية أي صادرة لاشخاص معينين بذواتهم أو بالنسبة لعلاقات معينة بذاتها .

وصفة العمومية تتوافر في القاعدة حتى لو اقتصر تطبيقها على طائفة معينة من الناس وفق شروط معينة كقانون العمل وقانون المحاماة . لان الاشخاص

(١) الدكتور عبد الحي حجازي ، نظرية القانون ، ص١٣٧.
(٢) المرجع السابق، ص١٣٧، ١٣٨.

الذين تشملهم القاعدة لايتعينون بالذوات وانما بالوصف الذي يقصده النص من الخطاب .

فالقاعدة التي وردت في قانون العمل وضعت لتسرى على كل من تحقق فيه صفة العامل. والقاعدة التي نص عليها قانون المحاماة شرعت لتسرى على كل من تتحقق فيه صفة المحاماة، ولذلك تتصف بالعمومية رغم سريانها على طائفة معينة من الناس.

بل أن القاعدة لاتفقد صفة العمومية حتى لو اقتصر تطبيقها على شخص واحد كالقاعدة التي تنظم صلاحيات رئيس الدولة. لأن هذه القاعدة لاتختص بشخص رئيس دولة بالذات ،وانما تسرى على كل من يتولى رئاسة الدولة.

والقاعدة القانونية لاتستنفذ قوتها بالتطبيق مرة واحدة أو عدة مرات ، بل يتجدد العمل بها كلما توافرت شروط انطباقها في الحال أو المستقبل. لأن تطبيق القاعدة القانونية لايقتصر على شخص معين بذاته أو واقعة معينة بذاتها، وانما يشمل تطبيقها جميع الأشخاص والوقائع التي تدخل في نطاق تطبيقها .

إلا أن مابيناه أعلاه لايمنع من وضع القاعدة القانونية لفترة زمنية محددة. فالقاعدة القانونية تظل محتفظة بصفة العمومية حتى لو حددت لسريانها فترة زمنية معينة. ومثال ذلك قانون تطهير الجهاز الحكومي الذي حددت لسريانه فترة زمنية معينة.

كما لاينفي عن القاعدة القانونية صفة العموم تخصيصها في المكان ، فقد تقتضي ظروف الدولة أن يطبق القانون في أحد أجزاء الدولة كقانون الحكم الذاتي وقانون تنظيم الملكية الزراعية في منطقة الحكم الذاتي اللذين يقتصر تطبيقهما على جزء معين من القطر العراقي دون الأجزاء الأخرى منه.

ومن كل ماتقدم يبدو لنا بوضوح أن العبرة في اتصاف قاعدة ما بالعمومية ليست في سعة انطباقها بالفعل، وانما بقدرة انطباقها على كل من تتوفر فيه شروط انطباقها .

ويقصد بكون القاعدة القانونية قاعدة مجردة هو (ان القاعدة عند صياغتها، لم توضع لتطبق على شخص معين أو على واقعة معينة، وانما وضعت بطريقة مجردة من الاعتداد بأي شخص أت بأى واقعة((١).

(١) الدكتور سمير عبد تناغو ، النظرية العامة للقانون . ١٩٧٤ ص٢٩.

المبحث الثالث

القاعدة القانونية قاعدة تنظم الروابط بين الاشخاص

سبق وان بيّنا ان الانسان لايمكن أن يعيش الا في الجماعة ، وان الانسان الذي يجد نفسه مضطراً للعيش في جماعة يضطر إلى تأسيس علاقات مع غيره من افراد الجماعة التي يعيش فيها .

ان العلاقات التي تتأسس بين افراد الجماعة تقتضي تنظيما اجتماعيا لسلوك الافراد . والقواعد التي تتولى تنظيم هذه العلاقات قواعد متعددة مختلفة هي قواعد القانون وقواعد الدين وقواعد الاخلاق وقواعد اصول المجاملات . الا انه يلاحظ ان قواعد القانون لاتنظم جميع العلاقات التي يكون الفرد طرفا فيها . وانما هي تهتم فقط بتنظيم علاقة الفرد بغيره من افراد المجتمع .

ظاهر مما تقدم ان قواعد القانون لاتكترث بتنظيم علاقة الانسان بالحيوان والجماد ، لانها لاتنظم الا العلاقات التي تنشأ بين الأشخاص .

واذا كانت هناك ثمة قواعد قانونية تبدو في ظاهرها وكأنها تنظم علاقة الانسان بالحيوان ، كالقاعدة التي تحرم صيد الحيوان في موسم معين او القاعدة التي تنهى عن القسوة في معاملته ، الا انها ، في حقيقتها ، تنظم العلاقة بين الاشخاص . فهي تحكم العلاقة بين من توجه القاعدة القانونية بخطابها اليه وبين غيره من الأشخاص ممن يتأذى في شعوره اذا عومل الحيوان بقسوة او يضار في كسبه ومورد رزقه اذا استمر الصيد خلافا لحكم القاعدة وتعرض الحيوان للانقراض .

والشخص قد يكون انساناً ويسمى بـ (الشخص الطبيعي) ، وقد لايكون انساناً ويسمى بـ(الشخص المعنوي) .

والشخص المعنوي عبارة عن مجموعة من الاشخاص الطبيعيين او مجموعات

الاموال التي اجتمعت لتحقيق غرض معين واضفى القانون عليها الشخصية المعنوية كالجمعيات والشركات وغيرها .

والشخصية قد تثبت للانسان قبل مولده ، كما هو الحال بالنسبة للجنين وهو في بطن امه ، حيث يقرر القانون ثبوت بعض الحقوق له كالحق في الإرث والوصية .

وقد تمتد الشخصية إلى مابعد الوفاة . فالشريعة الاسلامية تقضى بامتداد شخصية الانسان إلى مابعد وفاته وذلك باقرارها المبدأ القاضي بان (لاتركة الا بعد سداد الديون) والذي يقضي بامتداد شخصية الانسان إلى مابعد تسديد ديونه من تركته .

المبحث الرابع

القاعدة القانونية تقترن بجزاء مادي توقعه السلطة العامة

عند بحث هذه الخصيصة من خصائص القاعدة القانونية يجب التطرق إلى الامور الثلاثة التالية التي سنبحث كل منها في فرع خاص به .

١ ــ مدى ضرورة الجزاء لقيام القاعدة القانونية .

٢ ــ انواع الجزاء .

٣ ــ السلطة التي توقع الجزاء

الفرع الاول

ضرورة الجزاء لقيام القاعدة القانونية

هناك خلاف حول مدى ضرورة الجزاء لقيام القاعدة القانونية. فالبعض يذهب الى امكان وجود القاعدة القانونية دون ضرورة اشتراط اقترانها فعلا بالجزاء بينما يذهب اخرون الى اعتبار الجزاء ركنا جوهريا فيها (١) : ويستند اصحاب الراى الاول الى الحجتين التاليتين : ــ

١ ــ ان اعتبار الجزاء المادى الذى تفرضه السلطة العامة كعنصر من عناصر وجود القاعدة القانونية ينطوى على التاكيد بان القاعدة تستمد قوتها من السلطة العامة وهذا مايجعل حيوية القانون رهنا بارادتها ويقتضى باستعلاء سلطان الدولة .

٢ ــ وجود قواعد تتوافر فيها الصفة القانونية رغم افتقارها للجزاء المادى كقواعد القانون الدستور وقواعد القانون الدولي العام .

اما اصحاب الراى الثاني فيعتبرون الجزاء (Sanction)

(١) PATON, Jurisprudence, 1697.p.74. DAIS, p.213,

عنصراً من عناصر القاعدة القانونية بدونها تفقد القاعدة صفتها القانونية وتصبح مجرد دعوة او نصيحة للقيام بعمل او الامتناع عن عمل (Conceil).

ويرد اصحاب هذا الرأي على الحجتين اللتين استند اليهما اصحاب الرأي الاول على الوجه التالي :

١ — فيما يتعلق بالحجة الاولى يقولون بان لامجال للتحكم والطغيان في الدولة القانونية الحديثة التي تقوم على اسس دستورية سليمة . فالشعب هو مصدر السلطات . ولايمكن تفسير امتثاله لاوامر الدولة على محمل الخضوع وانما لانه وسيلة تمكن الدولة من اداء الخدمات العامة عن طريق القانون وهي لاتستطيع التحكم والطغيان فان سلكت سبيلهما فيتصدى لها الشعب ويوقفها عند حدها .

٢ — وبالنسبة للحجة الثانية يقول اصحاب الرأي الثاني بان الجزاء ليس دائما جزاءً محددا مباشراً ، فقد يكون الجزاء مرسلا أي غير محدد كما هو الحال في قواعد القانون الدستوري ، حيث ان جزاء مخالفتها غير محدد ولكن يقوم الرأي العام والمؤسسات الدستورية كالبرلمان بتحديد مقداره ونوعه ، كتوجيه اللوم للحكومة وسحب الثقة البرلمانية عنها وقد تصل درجة هذا الجزاء الى حد الثورة ضدها .

كما ان قواعد القانون الدولي وان كان ينقصها الاكراه المادي المباشر الا انها تتمتع بوسائل إكراه غير مباشر هي الجزاء الجماعي الذي سنشير اليه عند بحث طبيعة القانون الدولي العام . اضافة الى ذلك ان القانون الدولي مايزال في دور التطور وان هناك جهوداً متواصلة تبذل لضمان اقترانه بجزاء مادي مباشر يوقعه المجتمع الدولي بواسطة منظمة دولية .

وبالواقع انه لايمكن رد احترام جميع الناس للقانون ، في كل الاحوال الى الخوف من الجزاء لان احترام واطاعة الافراد للقانون قد يصدر على أساس الشعور بضرورة القانون لحماية النظام في المجتمع والسير بالجماعة في

طريق التقدم (١) .

ومع ذلك يعتبر الجزاء ضرورة حتمية لحمل الناس على احترام القانون . فالمهم هو ان يعرف الافراد سلفا ان مخالفة القاعدة القانونية تؤدى حتما الى توقيع الجزاء عليهم ولا يهم بعد ذلك ان يكون طاعتهم لها عن رغبة وشعور بلزومها او ان تكون نتيجة لخوفهم من توقيع الجزاء (٢) .

الفرع الثاني

أنـــواع الجـــزاء

ينقسم الجزاء من حيث وقت توقيعه الى :جزاء مانع (وقائي) وجزاء تأديبي (رادع) .

والجزاء المانع هو الجزاء الذى يوقع قبل وقوع المخالفة وهو نادر في العمل ،ومثال هذا النوع من الجزاء هو الاجراءات التي تتخذها الشرطة لمنع حدوث المشاجرات والتجمعات التي تتخذها لمنع وقوع المخالفات لقواعد تنظيـــم المرور .

اما الجزاء التأديبي ،فهو الجزاء الذى يوقع بعد مخالفة القاعدة القانونية وينقسم الجزاء حسب طبيعته ومضونه الى نوعين اساسين :هما الجزاء المرسل والجـــزاء المحـــدد .

والجزاء المرسل : هو جزاء غير منظم وغير معين كالجزاء في غالبية قواعد القانون الدستوري التي لاتنص على جزاء محدد يفرض على من يخالفها.

اما الجزاء المحدد فهو الجزاء الذى يكون معينا . ويكون اما جزاءجنائيا او مدنيا او جنائيا ومدنيا في نفس الوقت .

(١) محمد كامل مرسي وسيد مصطفى المرجع السابق ص٢٤. للبزاز : المرجع السابق ص٢٨، الصدة : المرجع السابق ص٢٠.

(٢) الصدة ، المرجع السابق ص٢٠.

والجزاء الجنائي هو الجزاء الذى يترتب على مخالفة القانون الجنائي وهو يأخذ صورة العقوبة . والعقوبة هذه اما ان تكون عقوبات أصلية كالاعدام او الاشغال الشاقة المؤبدة او المؤقتة والحبس والغرامة. أو تكون عقوبات تبعية كالحرمان من الحقوق والابعاد ومصادرة الادوات المستخدمة في ارتكاب الجريمة .

واضح مما تقدم ان العقوبة اما ان تكون بدنية تقع على جسم المجرم كالاعدام ، او ماليه تقع على اموال المجرم كالغرامة والمصادرة ، او تقع على حرية المجرم فتسلبها كالحبس ،او تقيدها كالوضع تحت مراقبة الشرطة .

فالجزاء الجنائي (العقوبة)يعتبر من أخطر انواع الجزاء لانه يهدد الانسان في حياته او في حريته او في ماله . ولذلك يجب ان يحاط تطبيقه بضمانات كافية . وهذا هو السبب في ان اغلب الدساتير والقوانين تنص على قاعدة (لاجريمة ولا عقوبة الا بنص) .

وهذا المبدأ اعلن لاول مرة ضمن المبادىء الواردة في اعلان حقوق الانسان الذى صدر ابان الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ .

وقد اخذ به الدستور العراقي المؤقت لسنة ١٩٧٠ ،حيث نصت الفقرة (ب) من المادة (٢١) منه على ذلك بقولها (لاجريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون ،ولا تجوز العقوبة الا على الفعل الذى يعتبره القانون جريمة اثناء اقترافه .ولا يجوز تطبيق عقوبة اشد من العقوبة النافذة وقت ارتكاب الجرم) .كما نصت المادة الاولى من قانون العقوبات بقولها (لاعقاب عن فعل او امتناع الا بناء على قانون ينص على تجريمه وقت اقترافه .ولا يجوز توقيع عقوبات او تدابير احترازية لم ينص عليها القانون) .

ـ الجزاء المدني :

الجزاء المدني هو الجزاء الذى يترتب على مخالفة قواعد القانون

عدا القواعد العقابية وهو اما ان يتعلق بتصرفات قانونية او بحقوق مالية او بحقوق غير ماليـــة .

وللجزاء المدني صورة مختلفة :

فقد يكون الجزاء المدني هو الحكم بالتعويض ، أي الزام من احدث ضرراً بالغير ان يدفع مبلغا من المال لاصلاح ذلك الضرر(٢٠٢ م مدني).

وقد يتحدد الجزاء المدني على شكل بطلان العقد . فالعقد يكون باطلا اذا كان في أحد اركانه خلل كان يكون الايجاب او القبول قد صدر ممن ليس اهلا اصلا للتعاقد ، أو يكون المحل غير قابل لحكم العقد ، أو يكون السبب غير مشروع (١٣٧ م مدني) .

وقد يكون الجزاء هذا باجبار المدين على التنفيذ . والتنفيذ قد يكون عينا باجبار المدين على تنفيذ التزام به عينا (٢٤٦م مدني)

وقد يكون التنفيذ تنفيذاً بمقابل ، أي عن طريق التعويض (٢٥٥ م مدني).

٣ ـ الجزاء الجنائي المدني (المختلط) :

قد يجتمع الجزاءان الجنائي والمدني معا في المخالفة الواحدة . فمن يرتكب جريمة تؤدي إلى الاضرار بالغير ، يعاقب بالعقوبة الجنائية ويلزم في الوقت نفسه بان يدفع إلى المجنى عليه تعويضا ماليا عما أصابه من ضرر بسبب الجريمة .

الفرع الثالث

السلطة المختصة بتوقيع الجزاء

كان توقيع الجزاء في الجماعات القديمة موكولا إلى الفرد الذي تعرض للاعتداء ، اما ان يتولاه بنفسه واما تتولاه عنه عائلته او قبيلته .

اما في الجماعات الحديثة فقد ظهرت الدولة واصبح توقيع الجزاء من

اختصاص السلطة العامة عن طريق السلطة القضائية (المحاكم) .

ومع ذلك هناك حالات استثنائية في القانون الحديث يسمح فيها للفرد بتوقيع الجزاء المقرر بنفسه ، كحالة الدفاع الشرعي عن النفس ، أو المال أو العرض وحالة حبس العين ، وحالة الدفع بعدم التنفيذ . ففي حالة الدفاع الشرعي يجيز القانون لمن هوجم في حياته او في ماله او في عرضه الدفاع عن نفسه بنفسه مستعملا القوة المادية التي تكفل له حماية حياته او ماله او عرضه (م ٤٢ عقوبات عراقي). وفي حالة حبس العين يكون للبائع حق حبس المبيع إلى أن يقوم المشتري بوفاء ماهو مستحق عليه من ثمن (م ٥٧٧ مدني عراقي). وفي حالة الدفع بعدم التنفيذ يكون لكل من المتعاقدين ، في العقود الملزمة للجانبين ، ان يمتنع عن تنفيذ التزامه اذا لم يقم المتعاقد الاخر بتنفيذ التزامه المستحق عليه . فمثلا يجوز للمشتري ان يمتنع عن دفع الثمن إلى البائع الذي لم يقم بتنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع رغم عدم وجود اجل يسوغ له أن يمتنع وقتا عن التنفيذ .

فالمحاكم اذن — فيما عدا الحالات الاستثنائية — هي السلطة المختصة بتوقيع الجزاء على من يخالف القواعد القانونية .

والمحاكم على انواع ثلاثة هي : المحاكم الاستثنائية ، والمحاكم الخاصة ، والمحاكم العادية .

المحاكم الاستثنائية :

وهي محاكم تشكل في ظروف استثنائية وتختص بالفصل في أمور معينة بموجب نص قانوني خاص كالمجالس العرفية ومحكمة الثورة وغيرهما .

وهذه المحاكم لاتتصف بصفة الدوام لانها تزول بزوال الظروف الاستثنائية التي اقتضتها او بحسمها القضايا التي اوكلت مهمة حسمها اليها . كما لايشترط توافر الثقافة القانونية في اعضائها .

المحاكم الخاصة :

تتصف هذه المحاكم بصفة الدوام وتصطبغ بصبغة قضائية . وتشكل هذه المحاكم للنظر في تطبيق قانون معين والبت في المنازعات الناشئة عن العمل بمقتضاه . وقد تكون محاكم مدنية كمحاكم العمل ومحكمة استئناف الاصلاح الزراعي او قد تكون محاكم جزائية كمحاكم الاحداث التي تنظر في المخالفات والجنح حسب احكام قانون الاحداث .

المحاكم العادية :

وتتصف بصفة الدوام والثبات ،ويشترط في اعضائها الثقافة القانونية، والمحاكم العادية في العراق هي المحاكم التالية :(١)

١ ـ المحاكم المدنيـــة :

وهي المحاكم التاليـــة

آ ـ محكمة البداءة :وهي محكمة درجة اولى تنعقد من قاض واحد وهي تشكـــل في كل مركز محافظة او قضاء ويجوز تشكيلها في النواحي ببيان يصدره وزير العدل . ولوزير العدل توسيع الاختصاص المكاني للمحكمة الى اكثر من قضاء او ناحية . كما ان للوزير بناء على اقتراح من رئيس محكمة الاستئناف ، تشكيل محكمة بداءة للنظر في نوع واحد او اكثر من الـــدعاوى ،وتختص محكمة البداءة بالنظر في الـــدعاوى والامور ضمن اختصاصها بموجب احكام المادة ٣٢ من قانون المرافعات المدنية رقم٨٣ لسنة ١٩٦٩ . كما ان هذه المحكمة اصبحت المحكمة المختصة بالنظر في الدعاوى والامور التي كانت تعتبر من اختصاص محكمة الصلح بموجب المادة ٣١ من قانون التنظيم القضائي .

---

(١) المادة ١٦ من قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩.

ب ـ محكمة الاحوال الشخصية :

كانت محكمة المواد الشخصية تختص بالنظر في مسائل الاحوال الشخصية لغير المسلمين من العراقين والمسلمين من الاجانب الذين يطبق عليهم في احوالهم الشخصية قانون مدني (م ٣٣ قانون المرافعات المدنية وقانون السلطة القضائية رقم ٢٦ لسنة ١٩٦٣ الملغـــاة .)

وكانت المحكمة الشرعية هي المحكمة المختصة بالنظر في مسائل الاحوا ل الشخصية للمسامين من العراقين والمسلمين من الاجانب الذين لايطبق عايهم في الاحوال الشخصية قانون مدني .اى الذين يخضعون في دولهم لاحكام الشريعـــة الاسلاميـــة .

الا ان قانون التنظيم القضائي الجديد قد نص على تشكيل محكمة باسم (محكمة الاحوال الشخصية)تختص بالنظر في مسائل الاحوال الشخصية، أي ان القانــون الجديد استبدل اسم(المحكمة الشرعية):(محكمة الاحوال الشخصية) .وتشكل محكمة الاحوال الشخصية في كل مكان فيه محكمة بداءة ويعتبر قاض محكمة البداءة المسلم قاضيا لها . وتنعقد من قاض واحـــد.

كما يحق لوزير العدل، بناء على اقتراح رئيس محكمة الاستئناف تشكيل محكمة احــوال شخصيـــة للنظـر في نوع واحد او اكثر من الدعاوى (م ٢٦ و٢٧و٢٨ من قانون التنظيم القضائي) .

والمراد بمسائل الاحوال الشخصية مسائل الحالة الزوجية كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما والمهر والطلاق والتفريق والحضانة والنسب والنفقة والوصايا والحجة والقوامة على المجنون والمفقود وغيرها .

ج ـ محكمة الاستئناف :

تعتبر محكمة الاستئناف الهيئـة القضائية العليا لمحاكم محافظـة واحدة او اكثر . وتتألف من رئيس وعدد كاف من نواب الرئيس والقضاة، وهي

تشكل على الوجه التالي : (١)

اولا: محكمة استئناف منطقة بغداد : وتشمل محاكم محافظات بغداد والانبار وديالى ومركزها مدينة بغداد .

ثانيا : محكمة استئناف منطقة البصرة : وتشمل محاكم محافظتي البصرة وميسان ومركزها مدينة البصرة .

ثالثا : محكمة استئناف منطقة نينوى ومركزها مدينة الموصل.

رابعا : محكمة استئناف منطقة بابل : وتشمل محاكم محافظات بابل وكربلاء والنجف والقادسية ومركزها مدينة الحلة .

خامسا : محكمة استئناف منطقة التأميم : وتشمل محاكم محافظتي التأميم وصلاح الدين ومركزها كركوك .

سادسا : محكمة استئناف منطقة الحكم الذاتي :وتشمل محاكم محافظات أربيل والسليمانية ودهوك ومركزها مدينة اربيل .

سابعا: محكمة استئناف ذى قار :وتشمل محاكم محافظات ذى قار والمثنى وواسط ومركزها مدينة الناصرية .

ويجيز قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١١٧٩ الغاء او احداث محاكم استئناف جديدة بمرسوم جمهورى بناء على اقتراح وزير العدل (م١٦–ثالثاً)

وتنعقد محكمة الاستئناف وهيئاتها برئاسة رئيسها او احد نوابه وعضوية نائبين من نوابه او احدهم وقاض محكمة الاستئناف او عضوية قاضيين من قضاتها (م١٧ قانون التنظيم القضائي) .

ومحكمة الاستئناف تعتبر محكمة درجة ثانية . وتنظر في الطعون التي تقع على الأحكام المبينة في القانون (م ٣٤ مرافعات مدنية) .

وهذه المحكمة عندما تنظر في الطعن تعيد النظر في القضية مجددا وتجرى

---

(١) المادة ١٦ من قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩.

المرافعة امامها ثانية . واذا فسخت الحكم المستأنف اصدرت في القضية حكما جديدا ،واحكامها تكون قابلة للتميز خلال مدة ثلاثين يوما تبدأ من اليوم التالي لتاريخ صدور الحكم الوجاهي ومن اليوم التالي لتاريخ التبليغ الغيابي (م٢٠٣، ٢٠٤، ١٧٢ مرافعات مدنية) .

٢ ـ المحاكم الجزائيـــة :

المحاكم الجزائيـة حسب المادة١٣٧من قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم٢٣ لسنة ١٩٧١ على ثلاثة انواع : محكمة الجزاء ذات الحاكم الواحد ومحكمة الجزاء الكبرى ،ومحكمة التمييز التي لاتعتبر درجة من درجات المحاكم ،ونص قانون التنظيم القضائي الجديد لعام ١٩٧٩ . على ثلاثة انواع من محاكم الجزاء هي :محكمة الجنح ،ومحكمة الجنايات ومحكمة التميز ،اى ان القانون الاخير استبدل اسم محكمة الجزاء ومحكمة الجزاء الكبرى باسم محكمة الجنح ومحكمة الجنايات (م٢٩و٣١ قانون التنظيـــم القضائي) .

وحيث اننا سنبحث محكمة التميز بعد الانتهاء من المحاكم الجزائية لذلك سنقصر كلامنا هنا على محكمة الجنح ومحكمة الجنايات .

آ ـ محكمة الجنح :

وتشكل في كل مكان فيه محكمة بداءة . كما يجوز تشكيل محكمة جنح للنظر في نوع او اكثر من الدعاوى .

وتنعقد هذه المحكمة من قاضي واحد . وتختص بالنظر في دعاوى الجنح المبينة في قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ (م ١٣٧).

ب ـ محكمة الجنايات :

وتشكل في مركز كل محافظة . وتختص بالنظر في دعاوى الجنايات المعينة لها في قانون أصول المحاكمات الجزائية لعام ١٩٧١ .

ويجوز تشكيل اكثر من محكمة جنايات في المحافظة الواحدة وذلك ببيان يصدره وزير العدل يحدد فيه اختصاصها النوعي والمكاني ومركز انعقادها .

وتنعقد هذه المحكمة في مركز محكمة الاستئناف من ثلاثة قضاة برئاسة رئيس محكمة الاستئناف او أحد نوابه وعضوية نائبين آخرين او احدهم وقاضي او عضوية قاضيين لايقل صنف أي منهما عن الصنف الثاني . وتنعقد المحكمة في المحافظات الاخرى برئاسة نائب الرئيس في مركز المحافظة ، وعضوية قاضيين لايقل صنف احدهما عن الصنف الثاني .

ويجوز ان تنعقد المحكمة خارج مركز المحافظة ببيان يصدره رئيس محكمة الاستئناف بناء على اقتراح من رئيس محكمة الجنايات (م ٢٩ و٣٠ قانون التنظيم القضائي) .

٣ـ المحاكم الادارية :

تنعقد هذه المحاكم من قاض واحد ، و تختص بالنظر في المنازعات الناشئة بين مؤسسات الدولة والقطاع الاشتراكي . كما تختص بالقضاء المستعجل والاوامر على العرائض والحجز الاحتياطي في كل ماله علاقة بالدعاوى التى تعتبر من اختصاصها. وتعتبر الدعاوى الداخلة في اختصاص هذه المحاكم من الدعاوى المستعجلة (م٦ قانون المحاكم الادارية رقم ٤٠ السنة ١٩٧٧).

وليس لأشخاص القطاع الخاص الالتجاء إلى هذه المحاكم لعرض منازعاتهم مع السلطات الادارية بصورة مستقلة. الا ان القانون يسمح لهم الدخول مع اطراف الدعوى الادارية (م٢ قانون المحاكم الادارية) .

ان هذه المحاكم، بالرغم من تسميتها بالمحاكم الادارية، لا تنظر في النزاع في الامور الادارية وما يتعلق بأعمال الادارة، بل تختص في نظر المنازعات المدنية الناشئة بين الوزارات ومؤسسات الدولة والقطاع الاشتراكي(١).

(١) الدكتور سعدون القشطيني ، شرح أحكام المرافعات ،الجزء الأول. الطبعة الثالثة .١٩٧٩ص٨٩ .

وتشكل محكمة ادارية او اكثر ضمن الاختصاص المكاني لمحكمة استئناف منطقة بغداد. كما يمكن تشكيلها في المناطق الاستئنافية الاخرى ببيان يصدره وزير العدل يعين فيه اختصاصها المكاني ومركز انعقادها (م١ و٢ قانون المحاكم الادارية وم ٢٤ قانون التنظيم القضائي) .

٤ ـ محكمة التمييز :

هي الهيئة القضائية العليا التى تمارس الرقابة القضائية على جميع المحاكم ما لم ينص القانون على خلاف ذلك .

وتتألف هذه المحكمة من رئيس وخمسة نواب للرئيس وقضاة لا يقل عددهم جميعا عن ثلاثين، ويكون مقرها في بغداد (م١٢ قانون التنظيم القضائي) .

والأصل ان محكمة التمييز لا تعتبر درجة ثالثة من درجات المحاكم لانها ليست محكمة تقاضٍ وترافع وانما هي هيئة تدقيق تقتصر مهمتها على تصديق الاحكام المطعون فيها او نقضها واعادتها إلى المحكمةالتي سبقت أن أصدرت الحكم المنقوض لتنظر فيها مجدداً الا ان المشرع يجعل منها محكمة تقاض في بعض الحالات . فالمادة ٣١٤ من قانون المرافعات المدنية تلزم محكمة التمييز بالفصل في موضوع الدعوى اذا رات نقض الحكم المطعون فيه وكان الموضوع مهيئا للفصل فيه . ولها في هذه الحالات دعوة الطرفين لسماع اقوالهما .

وتتكون هيئات محكمة التمييز على الوجه التالي : (١)

آ ـ **الهيئة العامة :** وتنعقد برئاسة رئيس محكمة التمييز او اقدم نوابه، عند غيابه او وجود مانع قانوني من اشتراكه ، وعضوية نوابه وقضاة المحكمة العاملين فيها كافة ، وتختص بالنظر في الامور التالية :

(١) المادة ١٣ من قانون التنظيم القضائي رقم ٦٠ السنة ١٩٧٩.

اولا: مايحال عليها من احدى الهيئات، اذا رأت العدول عن مبدأ قررته احكام سابقة .

ثانيا: الدعاوى التى صدر فيها حكم الاعدام .

ثالثا : الفصل في النزاع الذى يقع حول تعارض الاحكام والقرارات الصادرة من محكمة التمييز .

ب ـ الهيئة الموسعة : وتنعقد برئاسة رئيس محكمة التمييز او اقدم نوابه ، عند غيابه او وجود مانع قانوني من اشتراكه فيها ، وعضوية ما لايقل عن عشرة من قضاتها ، وتختص بالنظر فيما يلي :

اولا :النزاع الحاصل حول تنفيذ حكمين مكتسبين درجة البتات متناقضين صادرين في موضوع واحد ،اذا كان بين الخصوم انفسهم او كان احدهم طرفا في هذين الحكمين ،وترجح احدهما وتقرر تنفيذه دون الاخر . ولرئيس محكمة التمييز وقف تنفيذ الحكمين المتناقضين الى حين صدور القرار التمييزى .

ثانيا: النزاع الحاصل حول تعيين الاختصاص في نظر الدعوى الذى يقع بين محكمتين .

ثالثا : مايحيله عليها رئيس محكمة التميز للبت فيه من احكام وقرارات تقع ضمن المحكمة وفقا للقانون الذى صدرت بموجبه تلك الاحكام والقرارات

جـ ـ هيئة الرئاسة :

تؤلف من رئيس محكمة التمييز ونوابه ، وفي حالة غياب احدهم يحل محله الاقدم من قضاة المحكمة . وتختص هذه الهيئة بالامور التالية:

اولا: تشكيل الهيئات وبضمنها الهيئة الموسعة في بداية كل سنة (م١٤ قانون التنظيم القضائي) .

ثانيا : اختيار رؤساء الهيئات في بداية كل سنة ايضا (م١٤ قانون التنظيم القضائي)

ثالثا : تبديل عضو الهيئة اذا دعت الضرورة ذلك .

رابعا : تأليف هيئات جديدة (م٣ قانون التنظيم القضائي) :

د ــ الهيئات الخاصة :

تشكل في محكمة التمييز الهيئات الخاصة التالية: (١)

اولا :الهيئة المدنية : وتختص بالنظر في الاحكام والقرارات الصادرة في الدعاوى المدنية والمواد المتفرقة الاخرى التى نص القانون على اعتبارهامن ضمن اختصاصها .

وتنعقد هذه الهيئة برئاسة الرئيس او من تختاره هيئة الرئاسة وعضوية اثنين من قضاة المحكمة في الاقل. واذا كانت الاحكام التى تنظرها الهيئة من الاحكام الصادرة من محاكم الاستئناف ،فتنعقد الهيئة في هذه الحالة ، برئاسة نائب الرئيس وعضوية أربعة من قضاة المحكمة على الاقل .

ثانياً : هيئة الاحوال الشخصية :

وتختص بالنظر في الاحكام والقررات الصادرة من محاكم الاحوال الشخصية وتنعقد هذه الهيئة برئاسة نائب الرئيس أو من تختاره الرئاسة وعضوية اثنين من قضاة المحكمة على الاقــل .

ثالثا : هيئة القضايا الادارية : وتختص بالنظر في الاحكام والقرارات الصادرة من المحاكم الادارية ، وتنعقد هذه الهيئة برئاسة نائب الرئيس أو من تختاره هيئة الرئاسة وعضوية اثنين من قضاة المحكمة على الاقل .

رابعاً : الهيئة الجزائية :

وتختص بالنظر في الاحكام والقرارات الصادر ة من للمحاكم في الدعاوي

---

(١) يراجع المادة (١٣) من قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩.

الجزائية . وتنعقد الهيئة برئاسة نائب الرئيس أومن تختاره هيئة الرئاسة وعضوية اثنين من قضاة المحكمة على الاقل . واذا كانت القرارات التى تنظرها من القرارات والاحكام الصادرة من محاكم الجنايات بصفة أصلية فان الهيئة تنعقد ، في هذه الحالة برئاسة نائب الرئيس وعضوية أربعة من قضاة المحكمة على الاقل .

الباب الثاني

طبيعة القانون

القانون ، كما رأينا ، مجموعة من القواعد التى تنظم الروابط الاجتماعية في المجتمع ، والتى تقسر السلطة العامة الاشخاص على احترامها واتباعها ولو بالقوة عند الاقتضاء ، وذلك عن طريق توقيع الجزاء المادي على من يخالفها .

والقانون لايلزم الافراد فحسب بل هو يلزم القاضي ايضا ، لان على القاضي اعمال حكم القانون في مختلف القضايا التى تعرض عليه .

ان خاصية الالزام للقواعد القانونية هي التى تميزها عن القواعد الاجتماعية الاخرى . وانفراد القواعد القانونية بهذه الخاصية دون سائر القواعد الاجتماعية الاخرى يستدعى البحث عن السبب في ذلك ، أي البحث في طبيعة القانون . وقد تعددت بشأن ذلك المذاهب ، وذهب الفقهاء وعلماء الاجتماع والفلسفة مذاهب شتى في هذا الصدد .

ومع ذلك يمكن جمع هذه المذاهب في اربعة مجموعات هي : المذاهب الشكلية ، المذاهب الموضوعية ، والمذاهب المختلطة . والفكر الأشتراكي وسنتناول فيما يلي كل مجموعة من هذه النظريات في فصل خاص بها .

الفصل الثالث

طبيعة القانون في ظل المذاهب الشكلية

تربط المذاهب الشكلية طبيعة القانون بمظهره أو شكله الخارجي ، فهي ترى ان القانون هو كل مايصدر عن السلطة العليا (السلطان) من أوامر أو نواهي، وان صدور القاعدة القانونية من سلطة عليا تكفل تنفيذها بالقوة عند الاقتضاء هو الذي يميز طبيعتها ويفسر أصلها وجوهرها .

فالمذاهب الشكلية تقف عند الشكل ، حيث تضع معياراً مادياً فقط ولا تهتم في تعرف طبيعة القانون الا بعنصر الشكل . كما تقتصر عنايتها بالقانون على الجانب السياسي ، أي صدور القانون من سلطة عليا يدين لها أفراد الجماعة بالطاعة .

وهناك نظريتان شكليتان : الاولى نظرية أوستن ، والثانية نظرية الشرح على المتون . ونبحث ادناه كلا منهما في فرع خاص بها .

المبحث الاول

نظرية أوستـــن (١)

تذهب هذه النظرية الى ان القانون عبارة عن مشيئة السلطان تنفذ جبراً على الافراد اذا اقتضى الامر ذلك .

فالسلطان، بحسب هذه النظرية، هو الذي يضع القانون وهو الذي يجبر

(١) فكرة هذه النظرية فكرة قديمة ترجع إلى فلاسفة اليونان الذين كانوا يقولون بأن القانون من فعل القوة . ثم بعثت هذه الفكرة في العصور الحديثة على يد الفيلسوف الانكليزي (هوبز) الذي كان يرى بأن (القانون ليس مجرد نصيحة بل هو أمر ، وهو ليس أمراً من أي شخص إلى أي شخص ، ولكنه أمر يصدر فقط من يدان له بالطاعة إلى آخر يجب عليه الرضوخ والامتثال).

وبعد ذلك أقام(أوستن) من هذه الفكرة نظرية كاملة عرفت ب(نظرية اوستن).

الافراد على اتباعه ولو بالقوة عند الاقتضاء. ولهذا يعرف (اوستن) القانون بانه (امر يصدر من السلطان، فرداً كان او هيئة، يلزم فرداً او افراداً باتباع طريق معين في سلوكهم) (١) .

والقانون، في نظر اوستن يقوم على ثلاثة عناصر هي :
وجود سلطة عليا ، وصدور امر او نهي من السلطة العليا ، واقتران الامر او النهي بجزاء مادي دنيوي .

١ ـ وجود سلطة عليا :

فيجب لقيام القانون وجود سلطة عليا، سواء كانت فرداً او هيئة تباشر السلطان في داخل الجماعة ، وسواء اكانت هذه السلطة قائمة على اساس الاستبداد ام على اساس الديمقراطية، او كانت على اساس الملكية ام الجمهورية.

فالقانون لا يوجد الا حيث توجد هذه السلطة ولذلك تذهب هذه النظرية إلى انكار توافر صفة القانون في قواعد القانون الدولي وذلك بسبب عدم وجود سلطة عليا فوق الدول جميعا لها من القوة ما يمكنها من فرض ارادتها على جميع الدول .

٢ ـ صدور امر أو نهي من السلطة العليا :

يلزم لقيام القانون، ان يصدر من السلطة العليا امر او نهي واجب الاتباع فالقاعدة لا تكون قاعدة قانونية الا اذا كانت بصيغة الامر او النهي اي تفرض على الافراد سلوكا معينا او تنهاهم عن سلوك معين .

٣ ـ اقتران الامر أو النهي بجزاء دنيوي توقعه السلطة العليا :

إلى جانب ما تقدم يجب ان يقترن الامر او النهي الذي يصدر من السلطة العليا بجزاء دنيوى يوقع على من يخالفه .

---

(١) عن البزاز، المرجع السابق، ص٥٦. البدراوي ، المدخل للعلوم القانونية ص ٣٨٨.

ويترتب على ذلك ان كل قاعدة لاتقترن بالجزاء الدنيوى المادي لاتعتبر قاعدة قانونية . ولذلك فان قواعد القانون الدولي والقانون الدستوري لاتعتبر قواعد قانونية لعدم اقترانها بجزاء دنيوى توقعه سلطة عليا في حالة مخالفتها .

ولم تسلم هذه النظرية من الانتقاد فقد وجهت اليها انتقادات كثيرة نلخص أهمها أدناه :

١ – ان هذه النظرية تجعل التشريع المصدر الرسمي الوحيد للقواعد القانونية. في حين ان من الثابت ان هناك مصادر اخرى لها يأتي في مقدمتها العرف .

وحاول (اوستن) الرد على هذا الانتقاد بقوله ان العرف يعتبر قانوناً لان المحاكم تطبقه دون اعتراض من جانب السلطان ، والقاعدة ان مايجيزه السلطان ولايعترض عليه يعتبر كأنه امر به ، أي أن العرف يعتبر قانونا لا لانه ملزم أصلا ، وانما لان السلطان أجازه ، وما يجيزه الساطان يعتبر كأنه امر به .

ولكن يرد على محاولة اوستن هذه بان القاضي عندما يطبق العرف انما يفعل ذلك لان العرف يتمتع بصفة الالزام وان القاضي ، بحكم هذه الصفة، ملزم باحترام العرف وتطبيقه التزامه باحترام وتطبيق القانون .

ولذلك لايصح ما قاله اوستن من ان العرف قانون لان القاضي يطبق أحكامه ، وانما الصحيح هو ان العرف يعتبر قانونا تلتزم المحاكم بتطبيقه.

٢ – ان هذه النظرية تهمل دور الامة في خلق القواعد القانونية ، لانها لاتعتبر القاعدة قاعدة قانونية الا اذا كان بالامكان تطبيقها قسراً بواسطة السلطة العليا ، في حين ان من الامور المسلم بها هو ان الواجب يقتضي على المشرع مراعاة رغبات الجماعة ومصالحها عند وضعه للقانون ، والا فانه اذا استطاع فرض قانون ماعلى الجماعة لايتفق مع ميولها ومصالحها مؤقتا فانه لايلبث ان ينصاع الى حكمها وارادتها ويقوم

ان عاجلا أم آجلا الى الغاء ذلك القانون أو تعديله حسبما تمليه عليه مصلحتها .

٣ ـ ان هذه النظرية تقف عن المعيار الشكلي ولاتلتفت الى العوامل الاجتماعية التي تؤدي الى قيام القانون ، فالقانون ، كما هو معلوم وليد الظروف الاجتماعية ولذلك يجب أخذ هذه الظروف بعين الاعتبار عند البحث في طبيعة القانون وعدم الاقتصار على العنصر الشكلي .

٤ ـ ان صيغة الامر أو النهي ، التي تشترطها نظرية أوستن في القانون ، اذا كانت تبدو في قواعد القانون الجنائي ، فانها لاتظهر في قواعد القوانين الاخرى كقواعد القانون المدني التي تقرر احكام البيع والايجار والرهن ، والتصرفات القانونية ، واحكام قانون المرافعات التي تبين الاحكام الخاصة باجراءات التقاضي .

ويرد اوستن على ذلك بالقول بان النظر العميق يوصلنا إلى ادراك فكرتي الأمر والنهي حتى في هذه القواعدالقانونية لأن قواعد القانون المدني التي تنظم، هذه التصرفات القانونية تعني في الحقيقة نهي الناس الاخرين من التدخل فيها وتأمرهم باحترام تلك التصرفات وتفرض وجائب على طرفي العقد ، فتلزم البائع مثلا بتسليم المبيع ، وتلزم المشتري بدفع الثمن . كما ان احكام اصول المرافعات تتضمن الامر أو النهي لانها تفرض على القاضي سلوك طرق معينة في المرافعات والا تعرض حكمه للطعن (١). كما انها تفرض سلوكا على المتقاضي والا ردت دعاواهم أو ضاعت حقوقهم .

---

(١) البز از ، المرجع السابق ص٥٩.

المبحث الثاني

نظرية الشرح على المتـــون

أو (التزام النص)

ظهرت هذه النظرية في فرنسا بعد صدور قوانين نابليون . وهي وان كانت تتفق مع (نظرية اوستن) في انها تجعل القانون المصدر الوحيد للقواعد القانونية ، الا انها تختلف معها في انها لم تظهر في صورة نظرية كاملة ، بل هي تتمثل في مجرد أسلوب في تفسير القانون اتبعه شراح القانون المدني الفرنسي خلال القرن التاسع عشر .

وفي اوائل القرن العشرين استخلص الفقهاء الاسس التي قام عليها هذا الاسلوب في تفسير القانون وصاغوا منها نظرية لها مميزاتها الخاصة اطلق عليها اسم (نظرية الشرح على المتون او التزام النص) .

والسبب في اطلاق اسم (الشرح على المتون) على هذه النظرية يعود الى ماجرى عليه هؤلاء الفقهاء عند شرحهم لنصوص القانون ، حيث كانوا يتولون شرحه نصا بعد الاخر طبقا لترتيب المواد الواردة في التشريع دون الدخول في آفاق نظرية حول طبيعة القانون .

كما سميت هذه النظرية بنظرية (التزام النص) لتقديسها النصوص التشريعية واعتبارها متضمنة كل الاحكام القانونية (١) .

فالاسس التي تعتمدها هذه النظرية هي :—

١ — تقديس النصوص التشريعية واعتبارها المصدر الوحيد للقواعد القانونية .

فأنصار هذه النظرية يعتقدون ان النصوص هي المصدر الوحيد للقانون. فمجموعة نابليون تتضمن ، في رايهم ، جميع القواعد القانونية ولذلك ليس على الفقيه او القاضي سوى تفسيرها بغية الوصول الى الحلول اللازمة

---

(١) من أبرز أنصار هذه النظرية اوبرى ورو وديمولومب ، يوردى لاكتنري .

لكل المشكلات الاجتماعية ، ولايجوز له الخروج عليها ، بل عليه التقيد بأحكامها .

وهذا هو مايستنتج من أقوال انصار هذه النظرية،فالفقيه (ديمولومب) يقول في هذا الصدد (ان شعاري وعقيدتي التي اعتنقتها هي النصوص قبل كل شيء).

ويقول الفقية (بينيه) (انا لااعرف القانون المدني وانما اشرح مجموعة نابليون) . ويقول (لوران) (ان المجموعات لم تدع مجالا لتحكم الشارح فليس من شأنه بعد الان ان يضع القانون ، اذ هو قد صدر في نصوص رسمية لاتحتمل الشك ومن ثم يتعين حتى تحقق المجموعات فائدتها ان يقنع الفقهاء والقضاة بمركزهم الجديد) .

كما ان هذه النظرية لاتعترف بمصادر اخرى للقانون غير التشريع الا اذا اجازه المشرع .فالعرف مثلا لايعتبر بذاته مصدراً للقواعد القانونية،وهو لايكون لذلك الا اذا اجازه المشرع .

٢ ـ التقييد في تفسير النصوص بارادة المشرع :

ولذلك على المفسر ، فقيها كان ام قاضيا ، البحث عن نية المشرع وقت وضع التشريع . وليس نيته المحتملة وقت تطبيق النصوص ، وبصرف النظر عن الالفاظ المستعملة ، لان القول بخلاف ذلك يجعل من المفسر مشرعا . خاصة وان التقيد بنية المشرع وقت وضع القانون سوف يحقق الاستقرار في تفسير القانون وتطبيقه . اما لو اجزنا للمفسر ان يفتش عن نية اخرى محتملة . لاختلف المفسرون وحل التحكم محل الاستقرار اللازم ضمانه لقواعد القانون .

ان هذه النظرية لم تسلم من الانتقادات فقد وجهت اليها نفس الانتقادات التي وجهت الى نظرية اوستن . اذ قيل بانها تقف في تحليل القانون عند مجرد الشكل ، وتقصر القانون على التشريع فتجعل منه المصدر الوحيد

للقواعد القانونية وتهمل المصادر الاخرى . كما تغفل هذه النظرية الامة ودورها ودور الظروف الاجتماعية من ظهور التشريع . كما انها تستوجب تفسير القانون بحسب نية المشرع وقت وضعه الامر الذي يؤدي الى جموده ويحول دون تطوره . وكل ذلك يتعارض مع وظيفة القانون الاجتماعية ووجوب مسايرته للتطورات الاجتماعية .

ان هذه الانتقادات أدت الى اضمحلال هذه النظرية واختفائها منذ أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين .

الفصل الرابع
طبيعة القانون في ظل المذاهب الموضوعية
(الاجتماعية)

تهتم المذاهب الموضوعية بجوهر القاعدة القانونية لا بشكلها . فهي لاتقف عند شكل القاعدة القانونية ، بل تذهب الى ابعد من ذلك ، حيث تأخذ بنظر الاعتبار العوامل الاجتماعية التي تتسبب في قيام القانون .

والنظريات الموضوعية هي: نظرية القانون الطبيعي، نظرية التطور التاريخي، ونظرية القانون الطبيعي ذى الحدود المتغيرة ، ونظرية الغايـة الاجتماعيـة ، ونظرية التضامن الاجتماعي ، ونظرية القانون البحت وفيما يلي نتناول هذه النظريات كل منها في مبحث خاص به .

المبحث الاول
نظرية القانون الطبيعي

تستند هذه النظرية على فكرة القانون الطبيعي التي تقول بوجود القانون الطبيعي الذي هو عبارة عن مجموعة من القواعد التي لاتتغير لا في الزمان ولا في المكان . وهو ليس من خلق الانسان وإنما ناتج عن الطبيعة ويمكن الاهتداء اليه وكشفه عن طريق العقل ويعتبر هذا القانون نموذجا يجب على المشرع الاهتداء به والسير على غراره ، وكلما اقترب التشريع منه كان التشريع أقرب الى الكمال .

وفكرة القانون الطبيعي مرت بعصور مختلفة واخذت اشكالا متباينة ، فهي فلسفة عند اليونان ، وقانون عند الرومان، ودين عند رجال الكنيسة، ومبدأ سياسي عند مفكري القرن الثامن عشر .

١ ـ فكرة القانون الطبيعي عند اليونان :

يعتبر فلاسفة اليونان اول القائلين بفكرة القانون الطبيعي، حيث قالوا عنها بانها مجموعة القواعد الثابتة التي لاتتغير في الزمان والمكان وتخضع لها الروابط الاجتماعية . كما قالوا ان هذا القانون ليس من صنع البشر ، بل هو من صنع الطبيعة ، ويهتدى اليه الانسان عن طريق العقل وسبيله الى معرفته هو التفكير والتأمل في طبيعة الروابط الاجتماعية . كما قالوا بان قواعد القانون الطبيعي هي قواعد محققة للعدالة على اكمل وجه ولذلك فان القانون الوضعي .يكون عادلا ام غير عادل بحسب مدى اتفاقه او مجافاته لمبادىء القانون الطبيعي.

واضح مما تقدم ان فكرة القانون الطبيعي عند الرومان كانت تصطبغ بصبغة فلسفية اساسها التأمل في مظاهر الحياة الاجتماعية ومحاولة الكشف عنها.

٢ ـ القانون الطبيعي عند الرومان :

اعتبر الرومان القانون الطبيعي قانونا مثاليا يتكون من مجموعة القواعد القانونية الابدية في الزمان والمكان والتي تنشأ من الطبيعة او يكشفها الانسان عن طريق العقل . وتسرى على كل الشعوب لاحتوائه على مجموعة من المبادىء المطابقة للعقل والمقبولة لدى جميع الامم .

فالرومان نقلوا فكرة القانون الطبيعي من نطاق الفلسفة الى نطاق القانون . وهذا يبدو بوضوح في(مدونة جستنيان) حيث جاء فيها (ان كل مجتمع من المجتمعات يخضع في حياته لقانونين . فهو يخضع في قسم للاحكام القانونية التي تضعها له حكومته ، ويخضع ذلك المجتمع لتلك الاحكام دون سواه وتسمى بـ (القانون المدني) ويخضع في قسم آخر لاحكام القانون الطبيعي. ذلك القانون الذي يشير اليه حكمة الطبيعة ، فيرضخ الناس جميعا لسلطانه ويسمى هذا القانون احيانا بـ«قانون الشعوب » .

مما تقدم يتضح لنا ان الرومان كانوا يقولون بوجود قانونين : الاول هو القانون المدني الوضعي الذي كان يحكم اهل روما ، والثاني هو قانون

الشعوب الذي كان يطبق على الاجانب فيما بينهم أو في علاقاتهم مع الرومانيين باعتباره القانون المشترك بين جميع الشعوب . اى ان الرومان كانوا يفرقون بين القانون الوضعي والقانون الطبيعي .

ففكرة القانون الطبيعي اصطبغت عند الرومان بصبغة قانونية، لأنهم جعلوا القانون الطبيعي مصدراً لقواعد قانون الشعوب ، بل ان بعضهم ذهب الى أبعد من ذلك . حيث اعتبر قانون الشعوب هو بذاته القانون الطبيعي .

٣ ـ القانون الطبيعي لدى فقهاء القانون الكنسي في القرون الوسطى :

اصطبغت فكرة القانون الطبيعي بصبغة دينية ، حيث كان رجال الكنيسة يقررون بان الطبيعة تدين بوجودها للخالق ، ومن ثم فان القانون الطبيعي من صنع الله . ولذلك عرفوا القانون الطبيعي بانه هو ذلك القانون الالهي السرمدي الخالد الذي لايتغير ولا يتبدل والذي يكشف عن طريق الوحي والالهام لا عن طريق العقل .

كما قالوا بأن القانون على ثلاثة أنواع هي : القانون الالهي ، والقانون الطبيعي ، والقانون الوضعي .

والقانون الالهي يعتبر اسمى هذه الانواع ، وهو يمثل مشيئة الخالق التي تصل الى الناس عن طريق الوحي وليس عن طريق العقل .

والقانون الطبيعي ، الذي يلي القانون الالهي ، هو منتهى ما يستطيع الانسان ادراكه بطريق العقل من قواعد القانون الالهي.

اما القانون الوضعي فهو من صنع الانسان ، ولا يكون واجب الاحترام اذا كان مخالفا للقانون الالهي ولكنه يطبق وان كان مخالفا للقانون الطبيعي ، لان النفع المترتب على ذلك وهو حفظ الامن والنظام وسيادة القانون في المجتمع يمثل مصلحة عامة تقضي مبادىء القانون الطبيعي ذاته بوجوب احترامها ورعايتها.

ويلاحظ بأن الغاية من هذه الفكرة هي تقرير مركز وسلطان الكنيسة ودعم

سيطرتها على السلطات الزمنية، لانها تقرر بان لا طاعة للقانون الوضعي اذا ما خالف قواعد القانون الالهي .

٣ـ القانون الطبيعي في العصور الحديثة :

إن ظهور حركة الاصلاح أدى الى اضعاف سلطة الكنيسة وتحرر السلطة الزمنية ، وقيام الدول الاوربية الحديثة ، وظهور مبدأ سيادة الدولة سيادة مطلقة ، سواء في علاقاتها مع الدول الاخرى أم في علاقتها مع الافراد، الامر الذي ادى الى قيام العلاقات الدولية على اساس القوة من جهة، وطغيان الدولة على الافراد من جهة اخرى .

وكل ذلك دعا الفلاسفة الى ايجاد أساس عادل لتنظيم الروابط الدولية وروابط الدولة مع الافراد. ووجد هؤلاء الفلاسفة بغيتهم في فكرة القانون الطبيعي، حيث رأوا فيها الاساس الذي يصلح لهذا التنظيم الجديد. واستناداً الى هذه الفكرة (فكرة القانون الطبيعي) نادى فقهاء القانون والفلاسفة بتنظيم المجتمع الدولي على اساس قانوني ، الامر الذي ادى الى إخراج فكرة القانون الدولي العام بمعناه الحديث الى الوجود . كما دعوا الى تنظيم الدولة على اسس ديمقراطية تقوم على مبادئ الحرية والمساواة وقرروا كذلك بان للفرد بحسب قواعد القانون الطبيعي ، حقوق وحريات طبيعية ليس للقانون الوضعي ان ينال منها الا بالقدر الضروري الذي يكفل لجميع الافراد استعمال حقوقهم .

يتضح مما تقدم ان فكرة القانون الطبيعي قد اصطبغت في العصور الحديثة بصبغة سياسية وذلك نتيجة للظروف الاجتماعية الجديدة التي أحاطت بالمجتمع الاوربي في ذلك الوقت .

كما يلاحظ ان الفقهاء قد وضعوا اساس المذهب الفردي الذي يطلق الحرية للأفراد في مجال السياسة والقانون والاقتصاد .

ومن الواضح انه كان لفكرة القانون الطبيعي في العصور الحديثة اثرها

في انتاج مبادىء الحرية والمساواة. كما كان لها الأثر البالغ في اقرار الدستور الامريكي بعد الثورة الامريكية على الاستعمار البريطاني كما كانت فكرة القانون الطبيعي هي الاساس الذي استندت عليه حقوق الانسان التي اقرتها الثورة الفرنسية حيث جاء في المادة الثانية من الاعلان الفرنسي لحقوق الانسان والمواطن لعام ١٧٨٩ ان (الغاية من كل مجتمع سياسي هي المحافظة على حقوق الانسان الطبيعية الابدية. وهذه الحقوق هي الحق في الحرية والمساواة والملكية والامن والاعتقاد ومقاومة الطغيان) .

وظهرت خلال القرنين السابع والثامن عشر نظرية (العقد الاجتماعي)التي كان من ابرز انصارها الفقيهان الانكليزيان (هوبز) و (لوك)، والفليسوف الفرنسي (جان جاك وروسو) الذي مهد للثورة الفرنسية بكتابه المشهور العقد الاجتماعي .

ورغم اتفاق الفقهاء الثلاثة في شأن جوهر النظرية واساسها الا انهم اختلفوا في تحديد طرفي العقد الاجتماعي والاثار المترتبة عليه .

فالفقيه (هوبز)يرى ان العقد الاجتماعي ابرم بين الافراد فقط ولم يكن السلطان طرفا فيه . كما يرى بان الافراد ، بموجب هذاالعقد ، تنازلوا عن حرياتهم للسلطان لكي يحافظ على الامن والنظام، وعلى الافراد احترام هذا العقد،أما السلطان فلا يلزم بهذا العقد لانه لم يكن طرفا فيه ولم يتعهد للافراد بشيء، وبذلك تكون له السلطة المطلقة على الناس وسلطته هذه لايحدها حد وليس للافراد حقوق قبله .

وبهذا الشكل نجد الفقيه (هوبز) يبرر موقف الحكومات المستبدة ولا يسمح بالخروج على ارادتها مهما بدا منها من تعسف .

أما الفقيه (لوك) فيذهب الى ان العقد ابرم بين الشعب والسلطان وهو يتضمن تنازل الافراد للسلطان عن جزء من حرياتهم الطبيعية مقابل قيام السلطان بضمان التمتع بما بقى لهم من الحرية وذلك عن طريق أقامة الامن والنظام .

فاذا أخل السلطان بهذا الالتزام جاز للشعب التحلل من هذا العقد، وله في سبيل ذلك ان يلجأ الى الثورة التي تعتبر اجراء مشروعاً في هذه الحالة .

فالفقيه (لوك) كما يتضح مما جاء اعلاه ، كان من انصار الحكومات الدستورية المقيدة ،وهو يهدف مما قال الى تبرير الثورة التي قامت في انكلترا ضد الملك الذي كان يزعم لنفسه السلطان المطلق استناداً الى الحق الالهي .

أما (روسو) فانه يقرر في كتابه (العقد الاجتماعي)بأن العقد ابرم بين أفراد الشعب جميعاً . وبمقتضاه تنازل الافراد عن حرياتهم الطبيعية المطلقة واستعاضوا عنها بحريات مدنية مقيدة يشرف عليها السلطان باعتباره وكيلا أو نائباً عنهم فالسيادة ليست للسلطان وانما هي تظل دائماً للشعب، اذ ان السلطان ليس الا مجرد وكيل يعبر عن ارادة الشعب ويعمل باسمه . ولذلك فللشعب في أي وقت ان يعزل السلطان ويخلع عنه السلطة .

ويتضح مما تقدم ان (روسو)كان من المؤمنين بسيادة الامة . وقد ثبتت الثورة الفرنسية هذا المبدأ .

المبحث الثاني
نظرية التطور التأريخي :
(المذهب التأريخي)

بعد صدور قوانين نابليون في فرنسا سرت فكرة التقنين الى اقطار أخرى. ففي المانيا طالب بعض الفقهاء بتقنين القانون الالماني على غرار القانون الفرنسي الا ان الفقيه الالماني (كارل فون سافيني) تصدى لهؤلاء الفقهاء وعارض فكرة التقنين بحجة ان وضع القانون في مواد مقننة سيؤدي الى ايقاف نموه ويجعله جامداً فاقداً عنصر الحياة، ومفتقراً الى التطور الدائم غير المحسوس. كما أصدر عام ١٨١١ رسالة بين فيها مضار التقنين، وكانت هذه الرسالة اساس نظرية جديدة ظهرت وعرفت فيما بعد بـ(النظرية التاريخية)أو (نظرية التطور التاريخي) أو (النظرية الالمانية) (١) . وكان لهذه النظرية الاثر البالغ في تأخير صدور القانون الالماني إلى أواخر القرن التاسع عشر .

وهذه النظرية تعتبر القانون مظهراً من مظاهر الحياة الاجتماعية وجزءاً من التراث القومي كاللغة والدين والتقاليد. ولذلك لايستطيع المشرع ان يصنعه صنعاً بارادته دفعة واحدة ، بل هو ينمو نمواً تدريجياً غير منظور ككل الكائنات الحية .فالقانون يتأثر بظرف الجماعة ويتطور بتطور هذه الظروف، هذا هو السبب في اختلاف القوانين بين بلد وأخر .

ولذلك فان فكرة (القانون الواحد)الذي يكشف عنه العقل البشري والذي تؤمن به نظرية القانون الطبيعي لايؤيده الواقع التأريخي الذي يشير بوضوح الى خلاف ذلك .

---

(١) يعتبر الفقيه منتسكيو أول القائلين بفكرة التطور التاريخي وذلك في كتابه المعروف بـ(روح القوانين) الذي أصدره عام ١٧٤٨. إلا أن هذه الفكرة لم تبرز في صورة نظرية كاملة إلا في أوائل القرن التاسع عشر وعلى يد الفقيه الألماني (سافيني).

كما تذهب هذه النظرية الى ان القواعد القانونية نمت باعتبارها (عرفا) فالعرف كان الصورة الاولى للقانون، ولكن بعد استقرار النظام في المجتمع يجوز ان يأخذ القانون شكلاًأخر غير العرف كأن يصدر من سلطة ذات سيادة لذلك فمهمة المشرع هي اعلان الحالة الراهنة وليس له ابداع قواعد جديد نتيجة اراء فردية (اراء المشرعين) . لان وجود القاعدة اسبق من وجود الدولة وهذا على خلاف ما ذهبت اليه نظرية (أوستن) من ان القانون لايمكن ان يوجد الا بحيث توجد الدولة .

وكانت لهذه النظرية آثار واضحة . اذ يعود لها الفضل في التنبيه الى ان القانون في تغير مستمر وانه خاضع في تطوره للعوامل الاجتماعية المختلفة. ويعود لها الفضل ايضا في انكار كون القانون عبارة عن مجرد مشيئة السلطان لان هذه النظرية تعتبر ثمرة لظروف الجماعة وحاجاتها . وأبرزت هذه النظرية أهمية العرف كمصددر من مصادر القاعدة القانونية . كما انها تؤكد على العنصر القومي في القانون لانها تؤكد على ان القانون ينبع من ضمير الامة وان الامة مجموعة من الناس يرتبطون بوشائج قومية مختلفة كاللغة والدين والتاريخ والتقاليد والمصالح المشتركة والمصير المشترك .

ومع ذلك لم تسلم هذه النظرية من الانتقادات . فقد انتقدت بداعي انها تنكر دور المشرع في قيام القاعدة القانونية. في حين نجد ان المشرع في كثير من البلاد يعمد الى تشريع قوانين لايمكن اعتبارها تعبيراً عن ارادة الامة كالقوانين التي اقتبستها تركيا في بداية تأسيس الجمهورية التركية من القوانين السويسرية والايطالية وغيرها ، فهذه القوانين لايمكن القول عنها بانها تعبر عن ارادة الشعب التركي .

اضافة الى ذلك ان ماتذهب اليه هذه النظرية من ان مهمةالمشرع في صنع القانون ، تقتصر على اعلان الحالة الراهنة ولاتتجاوز ذلك الى ابداع قواعد جديدة يؤدي إلى شل يد المشرع ومنعه من اجراء الاصلاحات القانونية التي يراها لازمة لرفع مستوى الامة .

المبحث الثالث

نظرية القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة

ان الانتقادات التي وجهت الى (فكرة القانون الطبيعي) بسبب تعذر تحديد المقصود منها تحديداً دقيقاً ادت الى ظهور (نظرية التطور التارخي) الا النظرية الاخيرة ، كما بينا في المبحث السابق، لم تسلم بدورها من انتقادات وهذه الانتقادات افسحت المجال لبعض الفقهاء للرجوع الى (فكرة القانون الطبيعي) وابرازها لابثوبها التقليدي الذي كان يجعل من (القانون الطبيعي) نموذجيا ثابتاً في الزمان والمكان ويتضمن الحاول التفصيلية لكل الروابط الاجتماعية وانما بثوت جديد اصبح (القانون الطبيعي) بموجبه عبارة عن مجرد مثل اعلى للعدالة يختلف باختلاف المكان والزمان .

فالنظرية الجديدة لاتقول بالقانون الازلي الواحد، أي انها لاتعتبر القانون الطبيعي قانوناً ثابتاً في الزمان والمكان ويتضمن جميع الحلول التفصيلية لكل الروابط الاجتماعية ، ويجدر بالمشرع ان يحذو حذوه في نطاق القانون الوضعي بل يعتبره مجرد مثل اعلى للعدالة يهتدي به عندتنظيمه للروابط الاجتماعية على اساس الظروف المحيطة بالجماعة . كما ان هذا المثل الاعلى للعدالة ليس ثابت الحدود بل هو يتطور بحسب كل بلد وكل عصر .

وهذا هو السبب في تسمية هذه النظرية ب(نظرية القانون الطبيعي ذي الحدود المتغيرة) .

ان هذه النظرية كنظرية التطور التاريخي، تؤيد مبدأ تأخر القانون في نشأته وتطوره بالظروف الاجتماعية السائدة . ولكنها مع ذلك انتقدت بداعي انها لاتعدو ان تكون مجرد انكار صريح لفكرة القانون الطبيعي .

المبحث الرابع

نظرية الغايـة الاجتماعيـة

تنسب هذه النظرية الى الفقيه الالماني (اهرنج) . فقد نشر هذا الفقيه عدة مؤلفات أوضح فيها رأيه في طبيعة القانون . واشهر هذه المؤلفات هي كتابه عن (الغاية في القانون) ، وكتابه في (الكفاح من أجل القانون) ، وكتابه عن (روح القانون الروماني) .

وتذهب هذه النظرية الى ان القانون في تطور وتبدل مستمر وهو ، في تطوره هذا يخضع الى حد كبير لعامل الارادة البشرية .

فأهرنج يميز في هذا الصدد بين الظواهر الطبيعية والظواهر الاجتماعية . فالاولى كتعاقب الليل والنهار أو سقوط الاجسام من اعلى الى اسفل بفعل قانون الجاذبية تخضع لقانون السببية. فهي تقع حتما اذا توافر سببها وبدون ان يكون لارادة الانسان أي دخل في حدوثها .

أما الظواهر الاجتماعية فتخضع لقانون الغاية ، أي انها تتم نتيجة لارادة الانسان الذي يقصد بها تحقيق غاية معينة.

ولما كان القانون ظاهرة اجتماعية فهو يخضع قطعا لقانون الغاية ، أي أنه مجرد وسيلة تتخذها الارادة البشرية لتحقيق غاية اجتماعية هي حفظ المجتمع وتحقيق أمنه وطمأنينته . فالقانون لاينشأ ويتطور من تلقاء نفسه بل تلعب الارادة البشرية دوراً ايجابيا في ذلك . وقد يتطلب الامر احيانا من أجل تحقيق هذه الغاية . وقد يكون هذا الكفاح سليما ، وقد يكون عنيفاً ينطوي على مشقة وتضحية تبذلها الانسانية في سبيل تقدم القانون وتحقيق الاهداف الاجتماعية العادلة . فالثورات الاجتماعية الكبرى كالثورة الفرنسية التي حطمت اغلال الاستعباد ليست الا ثمرة الكفاح والجهاد في سبيل تعديل الوضع القانوني الذي كان غير متفق مع الظروف الاجتماعية القائمة .

ان هذه النظرية تمتاز بكونها تبرز أهمية ارادة الانسان في قيام القانون . فهي بخلاف نظرية التطور التأريخي ترى بأن القانون وان كان مظهراً اجتماعياً ينمو باستمرار الا انه في نموه الدائم يهدف الى غاية اجتماعية مقصودة ولذلك لايمكن اغفال الارادة البشرية في تطور القانون ، لان للمشرع دوراً بارزاً في تحقيق الاهداف الاجتماعية التي يرمي القانون الى تحقيقها .

المبحث الخامس

نظرية التضامن الاجتماعي

مؤسس هذه النظرية هو الفقيه الفرنسي المعروف (دو كي)الذي بسط نظريته هذه في كتابه الموسوم بـ (الدولة والحقوق الموضوعية والقانون الوضعي) ثم افاض في توضيحها في كتابه الاخر المعنون بـ (رسالة في القانون الدستوري)

ويبدأ (دو كي) عند عرضه لنظريته بانكار كل مالم يقم عليه دليل علمي واقعي من النظريات التقليدية المقررة في عالم القانون . فهو ينكر وجود قانون طبيعي يهتدي اليه العقل ويسمو على القانون الوضعي ، كما ينكر وجود حقوق طبيعية متصلة بشخص الانسان وسابقه على قيام المجتمع ، ويعتبر كل ذلك من قبيل الاوهام أو الإخطاء الشائعة الموروثة عن الماضي والتي يجب تصحيحها .

وبعد ذلك يقرر بان المشاهدة والتجربة تؤكد قيام حقيقة اجتماعية لا جدال فيها وهي ان الانسان كائن اجتماعي بطبعه له غايات ومصالح شخصية لايستطيع تحقيقها الا بالتعاون والتضامن مع بقية افراد المجتمع .

فالمجتمع ، كما يرى دو كي ، يقوم على اساس التضامن بين افراده ، وهذا التضامن هو عماد الروابط الاجتماعية واساس حقوق الافراد وواجباتهم فكل عمل يخل بالتضامن يجب الامتناع عنه وكل عمل يحقق التضامن وينميه يجب القيام به .

فالقانون اذن هو مجموعة القواعد الضرورية لتحقيق وصيانة التضامن الاجتماعي . ولذلك فان التضامن الاجتماعي يعتبر اساس القانون الذي يلتزم به الافراد والدولة على السواء .

ويعود الفضل لهذه النظرية في الاشارة الى أهمية الحقائق الواقعية المستمدة

في حياة الجماعة من جهة وابرازها فكرة التضامن الاجتماعي من جهة أخرى ولكن يعاب عليها انها لاتأخذ بجميع الحقائق الاجتماعية ، فالتضامن الاجتماعي ليس بالحقيقة الاجتماعية الوحيدة المشاهدة في حياة الافراد ، بل هناك حقيقة أخرى هي حقيقة التنافس والتنازع بين الافراد ، وهذه النظرية اذا كانت تأخذ بحقيقة التضامن الاجتماعي الا انها تهمل وتغفل الحقيقة الثابتة وهي التنافس والتنازع.

المبحث السادس
نظرية القانون البحت
نظـريـة كلـسـن

زعيم هذه النظرية هو الفقيه النمساوي(كلسن H.Kelsen) .وهذه النظرية ترى ان علم القانون يعنى بدراسة سلوك الانسان من حيث خضوعه الى(ضوابط قانونية)، وان القانون ، حتى يكون علماً . يجب ان يقتصر على هذه الضوابط وان يعزل عن جميع العناصر التي تدخل في علوم أخرى وخاصة المعايير الخلقية. والمفاهيم السياسية . والمثل العليا .ومبادىء القانون الطبيعي .

ويحسب هذه النظرية على رجل القانون دراسة القواعد القانونية بصورة مجردة عن كل الظروف الاجتماعية والمعايير الخلقية . أي دراسة القانون الوضعي كما هو كائن وبصرف النظر عما اذا كان مضمونه عادلاً أو غير عادل متفقاً مع المصلحة أو غير متفق معها .

فعلم القانون . في نظر مدرسة القانون البحت ، ينحسر في دراسة (ضوابط القانون الوضعي) دون تقييم مضمونها .الامر الذي يعني ان هذه المدرسة تعتبر القانون عبارة عن ارادة الدولة وان مهمة رجل القانون ينحصر في العمل على الكشف عن هذه الارادة ودراستها بل انها تذهب الى حد ادماج القانون والدولة والنظر اليهما على انهما شيء واحد .أي ان القانون هو الدولة ذاتها (١) .

كما يلاحظ ان هذه المدرسة ترد جميع القواعد القانونية . في نطاق الدولة الواحدة . الى معيار اساسي مشترك هو (الدستور) .الامر الذي يعني انها تقرر وحدة القانون وترفض تقسيمه الى قانون عام وقانون خاص

ووجهت الى مدرسة القانون البحت انتقادات اهمها مايلي(٢) : —

(١) الدكتور حسن علي الذنون ، فلسفة القانون ، ص٨٠–٨١. الدكتور شمس الدين الوكيل، المرجع السابق ، ص٢٩٠.

(٢) الدكتور حسن علي الذنون ، فلسفة القانون ،ص٨٢ .

ـ انها تجرد القانون من محتواه ومضمونه وتعزله عن العوامل الاجتماعية وبذلك تباعد بين القانون وبين علوم الحياة من جهة ،وتعزل رجال القانون عن المجتمعات التي يعيشون فيها .

٢ ـ انها ترد النظام القانوني كله الى الدستور وبذلك تكون قد اغفلت علاقات الدول فيما بينها ولم تبني سنداً للقانون الدولي .

٣ ـ انها لاتقييم وزنا للعرف مع ان العرف يعتبر مصدراً للقانون .

الفصل الخامس

المذاهب المختلطة

(نظرية العلم والصياغة).

تتمثل المذاهب المختلطة في نظرية واحدة هي نظرية الفقيه الفرنسي (جينى) والتي تسمى بنظرية (العلم والصياغة) .

وضع الفقيه (جينى) اسس نظريته هذه في مؤلفيه الموسومين (مناهج تفسير ومصادر القانون الخاص) و (العلم والصياغة في القانون الخاص الوضعـي) .

وتذهب هذه النظرية الى ان القانون يتكون ، في طبيعته من عنصرين : الاول هو مادته الاولية التي تتكون من حقائق يستخلصها العقل من وقائع الحياة طبقاً لمثل اعلى يستلهمه ،والثاني هو الشكل (البناء) وهو المظهر الذي تتخذها القاعدة القانونية حتى تصبح قابلة للتطبيق .فالقانون في نظر(جيني) ينطوي على عنصرين: العلم والصياغة . ولذلك سميت هذه النظرية بنظرية (العلم والصياغة) .

١ - عنصر العلم (الحقائق)) :

هو المادة الاولية التي تتكون من حقائق يستخلصها العقل من تحليله لوقائع الحياة الاجتماعية مستهديا بمثل اعلى معين .

وحقائق الحياة هي : الحقائق الواقعية (المادية والطبيعية)والحقائق التأريخية والحقائق العقلية ، والحقائق المثالية .

والحقائق الواقعية (المادية والطبيعية) هي التي تستخلص من واقع الظروف السائدة في المجتمع . وقد تكون مادية كالوسط الجغرافي والمناخ والتربة وتكوين الافراد الجسماني ، وقد تكون معنوية كالاحوال الخلقية والنزعات الدينية ، وقد تكون اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية .

وهذه الحقائق تمثل البيئة التي ينشأ فيها القانون ولها تأثير كبير على جوهر القواعد القانونية، ولذلك كان لابد من أخذها بنظر الاعتبار عند النظر في أصل القانون . ممثلا ان أختلاف الجنس بين الرجل والمرأة من شأنه ان يجعل الزواج غير مقبول الا بين الرجل والمرأة ، وعند تنظيم الملكية يراعي ان العقار ثابت مستقر في مكانه لايمكن نقله الى مكان أخر دون تلف أو تغيير وان المنقول يمكن نقله من مكان الى أخر دون تلف أو تغيير .

أما الحقائق التأريخية فيمكن استخلاصها من تتبع النظم القانونية في مختلف العصور . والحقائق التأريخية تبين مدى نجاح أو فشل هذه النظم القانونية ولذلك ينبغي على المشرع مراعاتها واخذها بنظر الاعتبار والاستفادة من عبر التاريخ . فمثلا الحقائق التاريخية تشير الى ضرورة تنظيم الزواج ووضعه تحت اشراف سلطة اجتماعية ، دينية أو مدنية . ويجب ان تكون هذه الحقيقة التاريخية محل اعتبار المشرع عند تنظيمه للاسرة .

أما الحقائق العقلية فتعني الدور الذي يقوم به العقل في صقل الحقائق الواقعية والتاريخية وتكييفها بحيث تصبح متفقة مع مايجب ان ينشده القانون من غاية. ففي تنظيم الزواج ويوحي العقل بوجوب قيامه على اساس الاستقرار والثبات وذلك تحقيقاً لغاية يجب ان يهدف اليها القانون وهي تحقيق مصلحة المجتمع باعتبار ان الاسرة هي الخلية الاولى فيه .

أما الحقائق المثالية فهي المثل العليا التي يرسمها الانسان لتقدم القانون . والمثل العليا تمثل مطامح الانسانية وامالها في التقدم المنشود للقانون .ولهذه المثل اهميتها في تطور القانون لأنها تحقق هذا التطور حتى ولو بقيت الحقائق الواقعية والتاريخية والعقلية كما هي دون تغيير .

فالحقائق المثالية ،تمثل ميولا واتجاهات معينة في تنظم الروابط القانونية على الوجه المرغوب فيه ولذلك فهي ليست عالمية ولا ثابتة ولذلك فهي تختلف باختلاف المكان والزمان . مثال ذلك ان بعضاً من الشعوب يرى ان التنظيم

المثالي للزواج يتحقق بقصر الزواج على امرأة واحدة ، في حين ان بعضاً آخر يرى ان ذلك لايتحقق الا بتعد د الزوجات . كما ان هناك شعوباً كانت ترى في السابق ان التنظيم المثالي لايتحقق الا بتعدد الزوجات في حين ان هذه الشعوب نفسها اصبحت في الوقت الحاضر ترى ان التنظيم المثالي انما يتحقق بقصر الزواج على واحدة .

٢ـ عنصر الصياغة والفن :

ان عنصر العلم ، أي حقائق الحياة الواقعية والتاريخية والعقلية والمثالية يقتصر دورها على ابراز مادة القانون فقط . ولهذا كان لابد من تحقق العنصر الثاني وهو عنصر الصياغة حتى توضع هذه المادة في قالب علمي يجعلها قابلة وصالحة للتطبيق .

وتميز هذه النظرية بين نوعين من الصياغة . أولهما الصياغة المادية وثانيهما الصياغة المعنوية .

ويقصد بالصياغة المادية ان يعمد المشرع لتوضيح المعنى الذي قصده الى تحديد رقم حسابي لايدع مجالا للخلاف في ذلك المعنى فمثلا بدلا من ان يقرر المشرع عدم جواز الاتفاق على ما كان فاحشا من الفوائد الربوية يحدد الربا الفاحش بما يزيد على سبعة في المائة (١٧٢ م مدني عراقي) . وبذلك يقضى على كل خلاف قد يحصل حول مايعتبر فائدة ربوية فاحشة وما لايعتبر كذلك .

والصياغة المعنوية (الاوضاع الفرضية) هي القرائن التي يقيمها المشرع على ساس الغالب أو الشائع من الامر . فمثلا اذا جرت الامور غالبا على وضع معين فان المشرع يقرر هذا الوضع باعتباره حكما قانونيا رغبة منه في استقرار المعاملات . فالمشرع يقرر مثلا قاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية) ، فهو يفترض ان كل حائز لمنقول بحسن نية وبسبب صحيح يعتبر مالكا له ، لان هذا الحكم يتفق في الغالب مع حقيقة الواقع وبذلك يفرضه

المشرع حتى يطمئن الناس عند التعامل في المنقولات .

ان نظرية العلم والصياغة عبارة عن مزيج من النظريات السابقة .فهي تأخذ بالحقائق الواقعية وفي هذا تشبه نظرية التضامن الاجتماعي التي تبني القانون على أساس الواقع الملموس. وتأخذ بالحقائق التاريخية وفي هذا تشبه نظرية التطور التأريخي . وتأخذ بالحقائق العقلية وفي هذا تشبه نظرية القانون الطبيعي لان الحقائق العلمية بذاتها فكرة القانون الطبيعي . وتعتبر عنصر الصياغة عنصراً اساسيا في تكوين القانون وفي هذا تشبه المذاهب الشكلية .

يتضح مما تقدم ان (نظرية العلم والصياغة) تجمع بين عناصر النظريات السابقة ، ولهذا يؤيدها الفقهاء لانها باخذها بجميع هذه العناصر تبحث طبيعة القانون من جميع نواحيها .

الفصل السادس

طبيعة القانون في الفكر الاشتراكي

يؤكد الفكر الاشتراكي الارتباط الديالكتيكي الوثيق بين القاعدة الاقتصادية وبين قواعد القانون ، حيث يذهب الى ان مجموع علاقات الانتاج تكون البناء الاقتصادي للمجتمع وان البناء الاقتصادي هذا هو القاعدة الواقعية التي يستند عليها البناء الفوقي القانوني والسياسي .

فالاقتصاد هو (البناء التحتي) والفكر هو (البناء الفوقي) والقانون الذي هو جزء من البناء الفوقي ، يتحدد طبقا للقاعدة الاقتصادية .

واضح مما تقدم ان الفكر الاشتراكي يربط بين قواعد القانون والظروف الاجتماعية وهو ، اي الفكر الاشتراكي، يبرز دور العوامل الاقتصادية ولايغفل العوامل الايديولوجية والنفسية وخصائص الحياة الجماعية ، بل هو يكترث بها ويرى وجوب أخذ هذه العوامل بنظر الاعتبار لمالها من اثر في تحديد القواعد القانونية .

فالفهم المادي للتاريخ لايعني على الاطلاق الاقلال من اهمية الدور التاريخي للعوامل الروحية والتطورات الفكرية ، فالى جانب العوامل الاقتصادية هناك العوامل الايدلوجية والنفسية وظروف المجال الجغرافي التي لايمكن انكار ما لها من اثر في هذا المضمار . وبدون ذلك يتعذر تفسير اختلاف النظم القانونية رغم وحدة القاعدة الاقتصادية . ومثال ذلك هو اختلاف النظام القانوني في انكلترا عن النظام القانوني في فرنسا رغم وحدة القاعدة الاقتصادية فيهما .

ولما تقدم يذهب الفقه الاشتراكي الى ان القانون ظاهرة اجتماعية يستمد مضمونه لا من ذاته بل من الظروف المادية للحياة .لذا يجب عند بحث القانون تحديد اطاره التاريخي وايضاح ، رباطه بالظواهر والعمليات

الاجتماعية الاخرى وعدم النظر اليه منفصلا عنها (١).

ويقول التقرير السياسي الصادر عن المؤتمر القطري الثامن لحزب البعث العربي الاشتراكي في القطر العراقي (ان القوانين هي الانعكاس للافكار والمصالح الاقتصادية السائدة في المجتمع ... وقد صيغت القوانين التي ورثتها الثورة كما أشرنا في مقدمة هذا الباب في ظل العهود الاستبدادية والرجعية الماضية وعبرت عن مصالح الطبقات المستغلة الحاكمة فيها ، عن ايديولوجياتها الرجعية والمتخلفة .

وقد ناضل حزب البعث العربي الاشتراكي نضالاً ثورياً شاملاً ضد تلك العهود بكل مامثلته من طبقات حاكمة ومصالح وافكار ، لذلك فأن الموقف الطبيعي – بعد ان تسلم الحزب السلطة السياسيه ، واقام نظاما ثوريا يعبر عن مصالح الطبقات الكادحة ويستند إلى نظرية قومية واشتراكية وديمقراطية – هو ان يعيد الحزب النظر في جميع القوانين والتشريعات الموروثة فيغير مايتطلب التغيير ، ويصلح مايتطلب الاصلاح ويلغي ما يستوجب الالغاء) .

واضح مما جاء اعلاه ان التقرير السياسي يؤكد الارتباط الوثيق بين القانون والافكار والمصالح الاقتصادية في المجتمع ، فهو يعتبر القانون انعكاسا لهذه الافكار والمصالح .

كما يحدد التقرير السياسي طبيعة القانون ، حيث يقرر بأن القانون هو (مجموعة القواعد القانونية الملزمة التي تعبر عن مصالح الطبقات الكادحة وتستند الى نظرية قومية وديمقراطية واشتراكية) (٢) .

(١) ثروت أنيس الأسيوطي ، فلسفة القانون ، ص١٣٧ وما بعدها .
(٢) الأسيوطي : المرجع السابق ، ص١٥٦.

الباب الثالث

وظيفة القانون

تسهم القاعدة القانونية –كما بينا– في تنظيم العيش في الجماعة . الا ان مدى هذه المساهمة يختلف باختلاف المذهب السائد في المجتمع من حيث كونه فرديا او اشتراكيا . لذلك يكون من الضروري بحث وظيفة القانون في ظل كل منهما . كما يتعين علينا ،بعد ذلك ، ان نحدد موقف القانون العراقي من المذهبين المذكورين . وفي ادناه سنتناول هذه الامور الثلاثة كل في فصل خاص به .

الفصل السابع
وظيفة القانون في ظل المذهب الفردي

سنقسم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث . نخصص اولها لتحديد اسس وعناصر المذهب الفردي ، وثانيها لآثاره ،وثالثها لتقويمه وبيان مزاياه وعيوبــه .

المبحث الاول
اسس وعناصر المذهب الفردي

يقوم المذهب الفردي على اساس تمجيد الفرد وتقديس حريته باعتباره ركيزة الدولة ومحور المجتمع واساس النظام القانوني . فالفرد يعتبر غاية القانون وهدفه الاسمى . وهو يولد وله حقوق يكتسبها بمجرد وجوده ويستمدها من الطبيعة لا من القانون ، لانها سابقة في وجودها على القانون. لذلك لا يسع القانون الا تقريرها ، فهو اي القانون ، لايوجد الا لحماية هذه الحقوق وكفالة التمتع بها .

فالقانون يعتبر في المذهب الفردي ، وسيلة وجدت لحماية حقوق الافراد وضمان تمتعهم بها . واذا ضمن القانون مصلحة الفردتحققت مصلحة الجماعة ، لان هذه المصلحة لاتعدو ان تكون مجموع المصالح الفردية لذلك يتعين على النظم القانونية ان تختار أفضل القواعد التي تحقق بها سعادة الفرد وحريته .

هذا ولما كان اطلاق استعمال الحقوق لجميع الافراد بالتساوي قد يؤدي الى التعارض بينها ، لذا كان لابد من تقييدها بالقدر الذي يمنع التعارض والتصادم بينها ويمكن الجميع من التمتع بها على قدر المساواة .

ويترتب على ذلك انه اذا كان لابد من تدخل القانون في تحديد الحقوق والحريات فان هذا التدخل يجب ان يتم في أضيق نطاق ممكن وبالقدر الضروري لتحقيق هدفه وهو صيانة الحقوق وضمان تمتع الافراد بها لذلك فان نطاق القانون يكون ضيقا في ظل المذهب الفردي وتخرج عن حكمه مجموعة كبيرة من العلاقات الاجتماعية. فالقاعدة فيه هي الحرية ، والاستثناء هو تدخل القانون لتقييد هذه الحرية ، وهو استثناء يجب ان يؤخذ به في أضيق الحدود حتى يطلق للنشاط الفردي اوسع مدى. فدور القانون يقتصر على منع تجاوز كل فرد من افراد المجتمع ، خلال ممارسة حريته واستعماله حقوقه ، على حرية وحقوق الاخرين . لذلك يقتصر عمل المشرع على تحديد حرية كل شخص على قدر يضمن للاخرين التمتع بقدر مساوٍ لما بقي له من الحرية بعد تحديدها . فعمل المشرع يكون سلبيا قاصراً على وضع الحدود ولايجاوز ذلك الى وضع تكاليف ايجابية (١).

والعدل الذي يؤمن به المذهب الفردي هو (العدل التبادلي) الذي يترك تحقيقه للافراد . فحسب فكرة (العدل التبادلي) الافراد متساوين في الحقوق ويتحقق العدل بينهم بترك الحرية لكل فرد في استعمال حقوقه ومنع الغير من العدوان عليها .

فالعدل ، حسب المذهب الفردي ، يستند على قياس الافراد بمقياس حسابي موحد، وعلى اعتبار ان روابطهم قائمة على التماثل والتكافؤ فيما بينهم (٢) . لان مايتمتع به كل فرد من حرية يكون بقدرمااحتفظ به كل فرد اخر من حريته . ولذلك فالناس يكونون متساوين في الحقوق متكافئين في القوة في دائرة الروابط .

فقياس الكسب والخسارة في روابط الافراد ، يتم في ضوء حرية التبادل

(١) محمد كامل مرسي وسيد مصطفى ، المرجع السابق ، ص٥٤.
(٢) الدكتور شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص٤١ .

وقانون العرض والطلب . ويتحقق العدل بينهم على وجه تبادلي ، حيث يبدو في صورة واجبات متقابلة تفرض على الافراد وتتطلب من كل منهم احترام حقوق الغير . فللفرد الحرية في استعمال حقه على ان لايعتدى على حقوق الاخرين ، وعلى الاخرين واجب الامتناع عن العدوان على حقه. وبذلك يتبادل الافراد العدل فيما بينهم ويتحقق العدل تلقائيا دون ما تدخل من قبل الدولة . فالدولة تقف موقفا سلبيا حيال علاقات الافراد ولاتتدخل الا لمنع الاعتداء على الحقوق وزجر المعتدى وردع غيره عن طريق الجزاء (١).

كما يرى المذهب الفردي وجوب افساح المجال للافراد لممارسة نشاطاتهم وتطوير فعالياتهم ، لان ذلك يؤدي الى تشجيع روح الابداع وازدياد الطاقة الانتاجية لكل فرد بتأثير الدافع الذاتي ، الامر الذي يؤدي الى زيادة الانتاج ونمو الثروة الوطنية وارتفاع مستوى المعيشة .

(١) الاستاذ عبد الباقي البكري ، المرجع السابق ص

المبحث الثاني

آثار المذهب الفردي

يعتبر المذهب الفردي كرد فعل للسلطة المطلقة للطبقة الحاكمة التي سادت حتى قيام الثورة الفرنسية . ولذلك فقد اسس انصار هذا المذهب وظيفة السلطة الحاكمة على فكرة (الدولة الحارسة) التي تقتصر وظيفتها على مجرد كفالة الامن الخارجي ، وحماية الامن الداخلي للافراد ، واقامة القضاء للفصل في المنازعات التي تقوم بين الافراد (١) .

وترتب على ذلك جملة آثار تتعلق بالحياة السياسية والاقتصادية والقانونية .

١ ـ الآثار السياسية :

ففي الحياة السياسية يتعين على الدولة اطلاق الحريات الفردية والامتناع عن وضع القيود عليها الا ما كان منها ضروريا لضمان ممارسة جميع الافراد لحرياتهم . فالدولة لم تنشأ الا لخدمة الافراد وضمان تمتعهم بحقوقهم وحرياتهم ولذلك فهي لاتستطيع ان تقيد هذه الحريات والحقوق الا إذا كان ذلك ضروريا لضمان تمتع افراد المجتمع بها .

٢ ـ الآثار الاقتصادية :

وفي الحياة الاقتصادية على الدولة ان تضمن حرية التبادل وحرية العمل وافساح المجال للنشاط والابداع الفردي وترك باب المناقشة باعتبارها المحرك الاساسي للاقتصاد والوسيلة التي تؤدي الى زيادة وتحسين الانتاج وتحديد احسن الاسعار للمستهلك .

ولذلك قرر انصار المذهب الفردي ان (الاقتصاد الحر) هو النظام الافضل الذي يتحقق بمقتضاه زيادة وجودة الانتاج بأحسن الاسعار .

---

(٢) الدكتور محسن خليل. النظم السياسية والقانون الدستوري . الطبعة الثانية ١٩٧١، ص٩٥.

٣ ـ الاثار القانونية :

وفي نطاق القانون ظهرت جملة من النتائج نوجزها ادناه .

آ ـ انكماش دور القانون :

القانون ، في ظل المذهب الفردي ، لايتدخل الا بالقدر الضروري لرد العدوان على الحقوق . لذلك فان دوره ينكمش في تنظيم المجتمع .

ب ـ تضاؤل القواعد القانونية الآمرة :

مفهوم المصلحة العامة ، في ظل المذهب الفردي ، مفهوم ضيق ، حيث لايدخل ضمنه تحقيق العدالة الاجتماعية او مراعاة القيم الخلقية او السعي وراء الخدمات العامة بل يقتصر على حفظ كيان المجتمع .بل ان هذا المذهب يذهب الى تغليب المصلحة الفردية على المصلحة العامة عند التعارض بينها ولذلك تطغى حماية حريات الافراد وضمان مصالحهم الخاصة على حماية مصلحة المجتمع . وكل ذلك يؤدي الى تضاؤل عدد القواعد القانونية الآمرة وتكاثر القواعد القانونية المكملة والمفسرة للارادة ، لان تغليب المصالح الخاصة يقتضي وضع القواعد القانونية التي تعالج نقص او غموض الارادة مع منح الافراد حرية استبعاد حكم هذه القواعد .

ج ـ سيادة مبدأ سلطان الادارة :

يسود مبدأ سلطان الارادة ، في ظل المذهب الفردي ، لان هذا المذهب يقوم على اعتبار ارادة طرفي العقد حرة في ابرام ما تشاء من العقود ، وفي تحديد شروط وآثار هذه العقود ، بشرط ان تتقيد هذه الارادة بالقيود المقررة بالقانون . فاذا انعقد العقد اصبح شريعة للمتعاقدين ، لايجوز لاحدهما ان يتحلل بارادته المنفردة وحدها من آثاره . واذا ساغ التحلل منه فيجب ان يتم ذلك باتفاق الطرفين . كما ان للارادة اهميتها في تحديد الآثار التي تترتب على العقد فاذا التزم الفرد بالتزام ما فلا يجوز للقانون ان يتدخل بدعوى العدالة ليبدل هذا الالتزام ، مهما تمخض العقد من اضرار الغير .

د ـ احترام الحقوق الفردية وتقديس الملكية الخاصة :

يذهب المذهب الفردي الى وجوب احترام الحقوق الفردية وتقديس الملكية الخاصة واعتبارها حقاً مطلقاً لايتقيد الا عند الضرورة القصوى لحفظ كيان المجتمع.

هـ ـ إقامة المسؤولية على فكرة الخطأ الشخصي :

وهذه المسؤولية لاتقوم الا إذا تحققت ثلاثة عناصر هي : الضرر الذي لحق بالمصاب ، والخطأ الذي صدر عن المتسبب في الضرر ، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر والتي تعني نشوء الضرر مباشرة عن ذلك الخطأ .

واضح مما تقدم ان هذه المسؤولية لاتترتب في ذمة من الحق بغيره ضرراً إلا إذا نتج الضرر مباشرة عن خطأ ثابت ، أي يجب اثباته ، أو من خطأ مفترض، سواء كان الخطأ المفترض هذا قابلا لاثبات العكس أو غير قابل لذلك .

و ـ تقسيم القانون الى قانون عام وقانون خاص :

القانون الخاص هو الذي ينظم الروابط بين الأفراد أو بينهم وبين الدولة باعتبارها شخصاً معنوياً عادياً . والقانون العام هو الذي ينظم الروابط التي تكون الدولة طرفاً فيها باعتبارها صاحبة السيادة .

ونجم عن هذا التقسيم ظهور قواعد قانونية خاصة بتفسير وتنفيذ الروابط التي تدخل ضمن نطاق كل قسم . فحسب هذه القواعد إذا كانت الروابط من روابط القانون الخاص ، فيجب عند تفسيرها وتنفيذها ، أخذ ارادة الطرفين وما قصدته هذه الارادة بعين الاعتبار . وإذا كانت من روابط القانون العام ، فيجب أن تفسر وتنفذ طبقاً لما تقتضيه المصلحة العامة .

ر ـ اطلاق حرية الشخص في دائرة الاحوال الشخصية :

ففي دائرة الأحوال الشخصية ، يجب اطلاق الحرية للأفراد وعدم تقييدها بغير أحكام الدين . فليس للدولة أن تتدخل في تنظيم الأسرة كأن تغير من قواعد النسب والميراث، أو أن تمنع أو تحدد الطلاق إذا كانت القواعد الدينية تبيح ذلك .

المبحث الثالث

تقويم المذهب الفردي

(مزاياه وعيوبه)

كان للمذهب الفردي الذي ساد في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر الفضل في الدعوى لمحاربة استبداد الدولة وطغيانها ، وفي وجوب احترام الحرية الفردية وتشجيع النشاط الفردي .

وكان لكل ذلك اثره في ازدهار الاقتصاد ونمو التجارة وظهور نظرية (العقد الاجتماعي) التي اكدت الحقوق الفردية وذلك باقرارها الحرية والمساواة المطلقة بين الافراد . كما ان هذه المبادئ تبلورت بشكل اوضح في المادة الاولى من اعلان حقوق الانسان الصادر عام ١٧٨٩ والتي تقول (يولد الناس احراراً متساوين في الحقوق) . ومع ذلك يعاب على المذهب الفردي انه :

آ– يبالغ في الاعتداد بالفرد الى حد الاسراف. فلايلائم تطور المجتمع لانه يجعل الفرد الهدف من وجود القانون ويفترض ان له حقوقا تعلو على القانون . وهذا يخالف الحقيقة المسلم بها والقائلة بان الغرض من وجود القانون هو تنظيم المجتمع وحفظ كيانه ، واذا كان هذا التنظيم يقتضي صون حريات الافراد وتحقيق مصالح فما ذلك الااستجابة لما يتطلبه الصالح العام للجماعة من وجوب رعاية مصالح الافراد .

ب – يطلق حرية الانتاج والتداول مما يمهد السبيل للاقوياء للتحكم في الضعفاء واستغلالهم ، حيث كان من نتائج سيادة هذا المذهب في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر ظهور قوى اقتصادية تتمثل في ارباب الاعمال والشركات الكبيرة تمكنت بما اكسبتها حرية الانتاج والتداول من قوة ونفوذ من فرض شروطها الجائرة على العمال من جهة والتحكم في اسعار السلع والمرافق الضرورية للجمهور من جهة اخرى .فخلق النظام الاقتصادي

للرأسمالية التي كان كل همها هو تحقيق الارباح . وكل ذلك تسبب في ازمات اقتصادية دورية عانت منها البشرية الكثير .

جـ- يؤمن بالعدل التبادلي الذي يترك تحقيقه للافراد دون تدخل الدولة الامر الذي يعتبر ضربا من الخيال . لان النفس البشرية مجبولة على حب الذات وميالة الى الجشع واستغلال الامر الذي يتعذر معه تحقيق العدل على ايدي الافراد .

د- يقر مبدأ سلطان الارادة ومايترتب على ذلك من حرية الافراد في انشاء العقود . وقد سبب هذا في وقوع مظالم في كثير من الروابط العقدية كنتيجة حتمية للشروط التعسفية التي كان يفرضها الطرف القوي اقتصاديا على الطرف الضعيف . كما هو الحال بالنسبة لارباب العمل الذين فرضوا الشروط الجائرة على العمال ، ومحتكرو المرافق الضرورية الذين فرضوا شروطهم على الجمهور الذي لم يكن باستطاعته سوى الموافقة عليها .

هـ- باعتباره الحق ، خاصة حق الملكية ، حقا مطلقا ، يكون المذهب الفردي قد اجاز لصاحبه ان يستعمله كما يشاء حتى لو لم يكن من وراء ذلك سوى الاضرار بالغير ، أو حتى اذا أتلفه وكان في ذلك ضرر يصيب المصلحة العامة .

الفصل الثامن

وظيفة القانون في ظل المذهب الاشتراكي

سوف نسير ، عند البحث في المذهب الاشتراكي ، على النهج الذي اخترناه في بحث المذهب الفردي . حيث سنقسم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث نخصص اولها لاسس وعناصر المذهب الاشتراكي ، وثانيها لآثاره ، وثالثها لتقويمه وبيان مزاياه وعيوبه .

المبحث الاول

اسس وعناصر المذهب الاشتراكي

كان للانتقادات التي وجهت الى المذهب الفردي اثرها في انحسار تيار هذا المذهب منذ النصف الثاني من القرن التاسع عشر ، وظهور المذهب الاشتراكي الذي يختلف اختلافا جوهريا عن المذهب الفردي ، سواء من حيث الاسس والعناصر التي يقوم عليها او الاثار التي ظهرت في ظله.

فالمذهب الاشتراكي ، على النقيض من المذهب الفردي ، يعنى بالمجتمع ويسخر الفرد لخدمته . فهو يضع مصلحة الجماعة في المقام الاول .كما انه يعمل على الحيلولة دون اطلاق الحرية الفردية وما نجم عن ذلك من تحكم واستغلال . ولاجل ذلك ، فان المذهب الاشتراكي ، يسوغ للقانون بأن يتدخل في شؤون الفرد وحريته الى اقصى حد . فدور القانون ،لايقتصر على رد العدوان على الحقوق وحفظ النظام في المجتمع ، بل يتجاوز ذلك الى تحقيق العدالة الاجتماعية والخدمات العامة ، ويوجه النشاط الفردي نحو هذه الغاية . وكل ذلك يؤدي الى اتساع دائرة القانون في ظل المذهب الاشتراكي .

كما يلاحظ ان القانون يتخذ ، في ظل المذهب الاشتراكي ، موقفا

ايجابيا لاسلبيا . فهو لايكتفي باقرار ان الافراد احراراً ومتساوون في علاقاتهم وروابطهم لان المساواة القانونية هذه لاتعني دائما المساواة الفعلية . فالافراد يختلفون اجتماعيا قوة وضعفا ، فهنالك الاقوياء كأرباب العمل و الشركات الاحتكارية ، وهناك الضعفاء كالعمال وجمهور المستهلكين . لذلك كان لابد ان يكون للقانون دوراً ايجابيا لتحقيق المساواة الفعلية .

والاشتراكيون ، بعد ذلك يختلفون في كيفية تحقيق المساواة الفعلية فمنهم من يذهب ، في سبيل ذلك ، الى حد الغاء الملكية الفردية وتملك الدولة لوسائل الانتاج ، ومنهم من يرى الابقاء على الملكية الفردية في بعض المجالات على ان تعتبر وظيفة اجتماعية توجه لصالح المجموع وتحت رقابة الدولة .

كما ان المذهب الاشتراكي يؤمن بـ (العدل التوزيعي) الذي يتحقق باحتكار الدولة توزيع العدل بمنح المزايا المادية والمعنوية للناس ،وتقسيم الاعباء بينهم .

والفرد ، عندما يطالب بهذه المزايا ، انما يطالب بما هو مستحق له بوصفه عضواً في الجماعة . ولذلك فان حقه هذا يتوقف على ماتقتضيه مصلحة الجماعة والتي قد تقضي بعدم توزيع هذه المزايا على الافراد واستخدامها في مجالات اخرى اكثر فائدة للمجموع .

كما ان من مقتضى (العدل التوزيعي) ان يتم التوزيع بين الافراد بحسب ملكاتهم وحاجاتهم وقدراتهم لا على اساس المساواة الحسابية . لان الافراد يختلفون بعضهم عن بعض من حيث الملكة والقدرة والحاجة . ولذلك يتعين نصيب الفرد بحسب قيمة الخدمة التي يقدمها للجماعة ، فيكون اجر كبار الموظفين مختلفا عن صغارهم . كما يختلف مايزاد على اجر رب الاسرة بحسب عدد مايعيله من اولاد .

وكذلك الامر بالنسبة للاعباء ، حيث يزيد نصيب الفرد منه بحسب

ثروته فيسهم الاكثر ثراء بنصيب اكبر مما يسهم به الاقل ثروة .ولهذا كانت الضريبة التصاعدية على الدخول اعدل من الضريبة التناسبية ، وكان انقاص الضريبة بسبب الاعباء العائلية عادلا كذلك (١).

---

(١) الدكتور عبد الحي حجازي ، نظرية القانون، ص٢١٥.

المبحث الثاني

آثار المذهـــب الاشترا كي

إذا كان المذهب الفردي ينظر إلى الفرد على أساس انه الغاية منوجود الدولة ويؤسس وظيفة الدولة على أساس فكرة (الدولة الحارسة) فإنالمذهب الاشتراكي قد قام على خلاف ذلك . فالجماعة لا الفرد هي الغاية منوجود الدولة . كما أن وظيفة الدولة لاتقتصر على ضمان الأمن الخارجي والداخلي للأفراد وإقامة القضاء بل تجاوز ذلك إل تحقيق الخدمات العامةوالعدالة الاجتماعية .

وتترتب على المذهب الاشتراكي الآثار التالية التي تتعلق بالحياةالسياسية والأقتصادية والقانونية.

١ ـ الآثار السياسية :

يجب ، طبقاً للمذهب الاشتراكي ، توجيه الحياة السياسية وفقاً لماتقتضيه المصلحة العامة. فإذا اقتضت هذه المصلحة تقييد حريات الأفراد فيتعين تقييدها ، لأن الحريات (كحرية الرأي والتجمع والنشر وغيرها) ليست حقوقاً طبيعية للفرد ، بل هي وظائف اجتماعية يجب ممارستها على وجه لايتعارض مع المصلحة العامة وإلا فلا مانع من تقييدها ، بل وحتى سلبهاإن لم يجد التقييد .

٢ ـ الآثـــار الاقتصادية :

أما في الحياة الاقتصادية ، فإن المذهب الأشتراكي لايسلم للأفراد بحرية العمل والتبادل والمنافسة ، بل يطلق نشاط الدولة في جميع الميادين الاقتصادية من زراعية وصناعية وتجارية . ويقرر تملك الدولة لوسائل الانتاج ،حيث تتولى هي تنظيم وإدارة هذه الوسائل .

وما دامت الدولة هي التي تمتلك وسائل الانتاج ، فهي التي تقومبتوزيع هذا الانتاج على الأفراد .

كما يؤمن المذهب الاشتراكي بحق الدولة في التوجيه والتدخل والرقابة في أوجه النشاط الاقتصادي الأخرى .

٣ـ الآثار القانونية :

تترتب على المذهب الاشتراكي الآثار التالية في نطاق القانون :

آـ هدم التقسيم التقليدي للقانون الى عام وخاص :

فالروابط القانونية ، في نظر المذهب الاشتراكي ، من طبيعة واحدة . فالدولة ، على اعتبارها صورة المجتمع ، طرف في كل رابطة قانونية، وينبغي أن يستهدي بالصالح العام في تفسير جميع هذه الروابط وتنفيذها ، سواء أكانت الرابطة مدنية أم تجارية أم إدارية .

بـ إقامة المسؤولية المدنية على عنصر الضرر :

وهذه المسؤولية تقوم على عنصر واحد هو الضرر دون اكتراث بفكرة الخطأ الشخصي القائم على العقل والتمييز .

ويترتب على ذلك أن على من يلحق ضرراً بآخر مسؤولية التعويض عن هذا الضرر إلا إذا أثبت أن الضرر نتج عن سبب أجنبي .

جـ أتساع دور القانون في تنظيم المجتمع :

لأن وظيفة القانون ، في ظل المذهب الاشتراكي ، لاتقتصر على رد العدوان على الحقوق وحفظ النظام في المجتمع ، بل تجاوز ذلك إلى تحقيق العدالة الاجتماعية وتقديم الخدمات العامة .

دـ اتساع نطاق تدخل الدولة في دائرة الاحوال الشخصية :

فللدولة أن تتدخل في هذه المسائل كلما اقتضت المصلحة العامة . فلها أن تتدخل للحد من تعدد الزوجات أو لمنعه ، أو أن تتدخل لتقييد حرية الطلاق أو سلبها إلا في حالات الضرورة القصوى .

هـ تكاثر القواعد القانونية الآمرة وتضاؤل عدد القواعد القانونية المكملة

لإرادة الأفراد ، لأن مفهوم المصلحة العامة مفهوم واسع جداً في ظل المذهب الاشتراكي ، حيث لايقتصر على حفظ وحماية كيان المجتمع ،بل يشمل أيضاً تحقيق العدالة الاجتماعية والسعي وراء الخدمات العامة.

و- اعتبار الملكية الفردية وظيفة اجتماعية وجعلها خاضعة لعدد غير قليل من القيود وذلك بهدف تحقيق وظيفتها الاجتماعية هذه ، كالقيود الواردة على حق الملكية في قانون الاصلاح الزراعي بشأن تحديد الحد الأعلى للملكية الزراعية ، أو القيود الخاصة بفرض الضرائب على التركات وتأميم المرافق الضرورية للشعب وغيرها .

و - انكماش دور الارادة في دائرة الروابط العقدية:

فالمذهب الاشتراكي لاينظر إلى الأفراد على أساس المساواة الخيالية التي يفترضها المذهب الفردي ، بل ينظر اليهم بالحالة الحقيقية التي هم عليها، وهي أنهم غير متساوين .ولذا لم يهتم المذهب الاشتراكي ، بالحرية في العقود بمقدار ما اهتم بالعدالة في تلك العقود . فالحرية في العقود لاتكون إلا حيث يكون المتعاقدون متساوين وإلا كان العقد وسيلة يتسلط بها المتعاقد القوي على الضعيف. ولذلك يكون من الضروري تدخل الدولة في تنظيم العقود لتحقيق العدل وحماية الطرف الضعيف القوي في الرابطة العقدية .

ونتيجة لما تقدم اتسع نطاق تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق ، وبرزت نظرية الظروف الطارئة .كما أن قيوداً أخرى كثيرة ظهرت في نطاق الروابط العقدية كالقيود التي تجبر البائع على البيع بسعر معين تحدده الدولة، والقيود التي تجبر المؤجر على التأجير بأجرة يفرضها القانون .

المبحث الثالث

تقويم المذهب الاشتراكي

(مزاياه وعيوبه)

يمتاز المذهب الاشتراكي بكونه يرجح مصلحة الجماعة على المصلحة الفردية من جهة ويحول دون تحقيق المحاذير التي تترتب على اطلاق الحرية الفردية بما يؤدى اليه من تحكم واستغلال من جهة ثانية. ولكن مع ذلك فإن هذا المذهب لم يسلم من الانتقادات التي يعتبر ابرزها واهمها مايلي :

آ ــ قيل بان المذهب الاشتراكي يغالى في اعلاء شأن ومصلحة المجتمع مما يؤدى إلى تذويب شخصية الفرد في كيان المجتمع وهدر حقوقه .

ب ــ وقيل ايضا ان انكار المذهب الاشتراكي للملكية الفردية واعتبارها وظيفة اجتماعية يقضى على الحافز الشخصي للعمل ويقتل روح الابداع والجد في الفرد، وهذا يؤدي إلى هبوط الانتاج الامر الذي يلحق الضرر بالمصلحة العامة .

وهنا نكرر الاشارة، ونحن بصدد تقويم المذهب الاشتراكي، إلى ان المذاهب الاشتراكية تتفاوت في درجاتها، فمنها ما يبالغ إلى حد الغاء الملكية الخاصة والتضحية بمصلحة الفرد في سبيل المجموع، ومنها ما يتخذ مسلكا وسطا بين المذهب الفردي والمذهب الاشتراكي، حيث يضع مصلحة الجماعة في المقام الاول مع الاعتراف في نفس الوقت بالملكية الخاصة واحترام الحرية الفردية وتشجيع النشاط الفردي في حدود تبعدهما عن التحكم والاستغلال.

فالصورة المعتدلة للاشتراكية تتخذ مسلكا وسطا وتنظر فيه إلى مصلحة الجماعة بصفة أساسية مع المحافظة على شخصية الفرد وكيانه الذاتي بحيث لا يضحى بالمصلحة الخاصة للفرد الا اذا تعارضت مع المصلحة العامة للمجموع.

وتطبيقاً لهذه الصورة المعتدلة للاشتراكية عمدت الكثير من الدول إلى تأميم المرافق الضرورية للشعب حتى تكون بعيدة عن الاستغلال والتحكم

من جانب بعض الافراد. كما قيدت ارادة الافراد في تنظيم شؤونهم وعلاقاتهم بالقيود التي يقتضيها الصالح العام. وهذه القيود اخذت في الازدياد يوما بعد آخر، حيث اخذ المشرع يتدخل في تنظيم كثير من العقود بموجب قواعد آمرة لا يمكن مخالفتها، كعقد العمل وعقد الايجار. كما اصبح كثير من السلع الضرورية خاضعا للتسعير الجبرى (١) .

(١) الدكتور شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص٤٩. الدكتور محسن خليل ، المرجع السابق ، ص ١٠٥.

الفصل التاسع

موقف القانون العراقي من الفكرين الفردي والاشتراكي

يتعين علينا عند البحث عن موقف المشرع العراقي من الفكرين الفردي والاشتراكي التمييز، بصورة اساسية، بين مرحلتين هما :

الاولى: هي المرحلة التي تسبق ثورة ١٧ – ٣٠ تموز ١٩٦٨ .

الثانية: هي المرحلة التي تبدأ بثورة ١٧ – ٣٠ تموز ١٩٦٨ .

ولذلك سنتناول ادناه موقف المشرع العراقي من الفكرين الفردي والاشتراكي في المرحلتين المذكورتين .

المبحث الاول

موقف القانون العراقي بعد ثورة ١٧ – ٣٠ تموز ١٩٦٨

سوف نقسم هذه المرحلة إلى المرحلتين التاليتين : الاولى هي المرحلة التي تسبق ثورة ١٤/ تموز / ١٩٥٨ . والثانية هي التي تبدأ بثورة ١٤/ تموز ١٩٥٨ وتنتهي بثورة ١٧ – ٣٠ / تموز / ١٩٦٨ .

١ – قبل ثورة ١٤/ تموز / ١٩٥٨ :

يلاحظ بأن القانون المدني العراقي الصادر عام ١٩٥١ وان كان يستند اساسا على المذهب الفردي، الا انه يتضمن بعض تطبيقات المذهب الاشتراكي فالمادة ١٦٧ منه تجيز تدخل المحكمة في عقود الاذعان لتعديل الشروط التعسفية او اعفاء الطرف المذعن فيها، رغم ان المذهب الفردي لا يجيز ذلك لانه يعتبر العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز لذلك للقاضي ان يعدل من شروطه، باعتبار ان تحديد شروط العقد هو من اختصاص الطرفين المتعاقدين تطبيقاً لمبدأ سلطان الارادة .

كما ان القانون المدني العراقي اخذ بنظرية الاستغلال التي لا تجيز لاحد المتعاقدين ان يستغل حاجة او طيش او عدم خبرة او ضعف ادراك المتعاقد الاخر، والا كان على القاضي التدخل لحماية الطرف المستغل لرفع الغبن عنه إلى الحد المعقول او ابطال العقد اذا كان التصرف تمليكا بلا عوض (١٢٥م مدني) .

فحسب هذه النظرية ، اذا اصيب شخص بمرض مفاجئ ووصف له الطبيب علاجا معينا لايوجد الا في صيدلية معينة ، فطلب صاحب الصيدلية سعراً عاليا للعلاج مستغلاً حاجة المريض ، وجب على المحكمة ، في حالة النزاع ان تبطل العقد بما زاد على السعر المعقول .

ولاشك ان هذه النظرية تتعارض مع المذهب الفردي الذي يؤمن بمبدأ سلطان الارادة الذي يقضي بان تحديد شروط العقد ، ومنها تحديد الثمن هو من اختصاص الطرفين المتعاقدين .

كما يقر القانون المدني العراقي نظرية التعسف في استعمال الحق في المادة ٧ منه . وحسب هذه النظرية يعتبر صاحب الحق متعسفا اذا استعمل حقه استعمالا غير جائز . واستعمال الحق يكون غير جائزاً اذا لم يقصد بهذا الأستعمال سوى الاضرار بالغير ، او اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لايتناسب مطلقا مع مايصيب الغير من ضرر بسببها ، او اذا كانت تلك المصالح غير مشروعة .

واخيراً نجد القانون المدني العراقي يأخذ بنظرية اخرى تتعارض مع المذهب الفردي وهي نظرية الظروف الطارئة وذلك في الفقرة ٢ من المادة ١٤٦ والتي تنص على انه :(٢ ـ اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وان لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد

المعقول اذا اقتضت العدالة . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك) .

فحسب هذه النظرية للمحكمة ، بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، ان تقرر تنقيص الالتزام التعاقدي الى الحد المعقول اذا اقتضت العدالة هذا الامر ، وذلك اذا طرأت حوادث استثنائية عامة ، لم يكن بالامكان توقعها وترتب على حصولها صورة الالتزام التعاقدي مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة .

ويظهر بوضوح مما جاء اعلاه ان هذه النظرية تتعارض مع المذهب الفردي الذي يأخذ بمبدأ سلطان الارادة الذي بموجبه يعتبر العقد شريعة المتعاقـــديـــن .

كما يلاحظ أن القانون المدني وإن كان يضفي صفة الإطلاق على حق الملكية إلا أنه يقيده بقيود عديدة تجعل منه وظيفة اجتماعية أكثر مما تجعل منه حقاً فردياً مطلقاً (١) .

٢ — بعد ثورة/ ١٤ تموز /١٩٥٨

وبعد ثورة ١٤ تموز ١٩٥٨ أصدرت الحكومة عدداً من القوانين ذات الطابع الاشتراكي . ففي مجال الزراعة أصدرت قانون الاصلاح الزراعي لسنة ١٩٥٨ وفي مجال النفط أصدرت القانون رقم (٨٠) لسنة ١٩٦١، وفي مجال التأميم أصدرت القانونين ٩٩ و١٠٠ لسنة ١٩٦٤، واللذين تم بموجب الأول منهما تأميم شركات التأمين وبموجب الثاني منهما تأميم البنوك والمصارف غير الحكومية وفروع المصارف الأجنبية . وفي مجال العمل أصدرت الحكومة قانون رقم (١) لسنة ١٩٥٨ وقانون الضمان الاجتماعي رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦٤.

(١) يراجع بصدد هذه القيود مؤلفنا الموسوم ؛ (شرح القانون المدني العراقي — الحقوق العينية الأصلية —) الطبعة الأولى ١٩٧٣، ص٢٥.

المبحث الثاني

موقف القانون العراقي بعد ثورة ١٧ – ٣٠/ تموز ١٩٦٨

ان الطابع الاشتراكي يبرز بشكل واضح في القوانين التي صدرت بعد ثورة ١٩٦٨ ويأتي في طليعة هذه القوانين الدستور المؤقت الصادر سنة ١٩٧٠ والذي ينص في مادته الاولى على أن (العراق جمهورية ديمقراطية شعبية ذات سيادة هدفه الأساسي تحقيق الدولة العربية الواحدة وإقامة النظام الاشتراكي). كما تنص المادة العاشرة منه على أن (التضامن الاجتماعي هو الأساس الأول للمجتمع ومضمونه أن يؤدي كل مواطن واجبه كاملا تجاه المجتمع وان يكفل المجتمع للمواطن كل حقوقه وحرياته). وتنص المادة ١٢ منه على أن (تتولى الدولة تخطيط وتوجيه وقيادة الاقتصاد الوطني بهدف اقامة النظام الاشتراكي على اسس علمية وثورية ...).

كما تنص الفقرة الاولى من المادة ١٦ منه على ان (الملكية وظيفة اجتماعية وتمارس في حدود اهداف المجتمع ومناهج الدولة وفقاً لاحكام القانون).

ومن الضروري هنا الاشارة إلى ما جاء في الباب الخامس من التقرير السياسي الصادر عن المؤتمر القطري الثامن لحزب البعث العربي الاشتراكي – القطر العراقي – من انه (لذلك فإن الثورة التي يقودها الحزب في اى قطر عربي ويقود خلالها السلطة السياسية هي من حيث الجوهر والغاية ثورة اشتراكية. كما هي ثورة وحدوية وديمقراطية. وعليه ان يسعى وفقا لظروف المرحلة وضروراتها الاساسية إلى تطبيق برنامج تحول اشتراكي في ذلك القطر. وتأسيسا على ذلك فإن الثورة التي قادها حزب البعث العربي الاشتراكي في السابع عشر من تموز سنة ١٩٦٨ هي ثورة اشتراكية تواجه بين مهماتها المركزية – مهمة تطبيق برنامج للتحول الاشتراكي في مرافق المجتمع العراقي كافة ...) .

والاتجاه الاشتراكي للمشرع العراقي بعد ثورة تموز ١٩٦٨ يبدو بوضوح

ايضاً في قوانين أخرى . ففي مجال الاصلاح الزراعي أصدر المشرع في ٢٠ آيار ١٩٦٩ تعديلات مهمة في قانون الاصلاح الزراعي الصادر عام ١٩٥٨ الغى بموجبها مبدأ التعويض عن الاراضي المستولى عليها وحق الاقطاعي وكبار الملاكين في اختيار حصصهم من الارض. كما منحت الارض للفلاحين بدون مقابل .

وقد جاء في الفصل الثاني من الباب الخامس من التقرير السياسي بشأن هذه التعديلات ما يلي :

(.... وكانت تلك التعديلات ذات طبيعة جذرية منطلقة من نظرة اشتراكية لا تعترف من حيث الاساس، بملكية الاقطاعي للارض، ولا تعترف بأية امتيازات على حساب الفلاحين المعدمين) .

وفي سنة ١٩٧٠ اصدر المشرع قانون الاصلاح الزراعي رقم ١١٧ الذي تم بموجبه تخفيض الحد الاعلى للملكية ووضعت قواعد جديدة لتوزيع الارض (اكثر انطباقاً على ظروف الانتاج الزراعي ومتطلباته واكثر ضمانا لحقوق الفلاحين الفقراء) (١)

ويلاحظ ايضاً ان القيادة السياسية للسلطة الوطنية انطلقت في سياستها الزراعية من البرنامج الزراعي لحزب البعث العربي الاشتراكي المطروح في وثيقة العمل الوطني والذي يتضمن مرحلتين (٢) : —

١ — خلق الاسس المادية والفكرية لقيام الزراعة التعاونية .

٢ — سيادة علاقات الانتاج الاشتراكية بتعيمم مزارع الدولة والمزارع الجماعية والتعاونيات الزراعية .

---

(١) راجع الفصل الثاني من الباب الخامس من التقرير السياسي .

(٢) يراجع مقال الدكتور سعيد حسون فريد المعنون ب(تهيئة الاسس المادية والفكرية للانتقال من الانتاج الفلاحي الصغير — إلى الإنتاج الكبير — الجماعي — في الريف العراقي) والمنشور في جريدة التآخي الصادرة بتاريخ ١٩٧٥/١١/١٣.

وفي مجال التأميم أصدر المشرع العراقي القانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٢ القاضي بتأميم عمليات شركة نفط العراق الذي اعاد الى العراق ثروته الوطنية وأرسى دعائم استقلاله السياسي والاقتصادي على اسس متينة وثابتة . وقد اعتبر التقرير السياسي الصادر عن المؤتمر القطري الثامن لحزب البعث العربي الاشتراكي هذا القانون (الخطوة الحاسمة الكبرى على طريق تحقيق الاستقلال الاقتصادي الناجز للبلاد) (١) .

ثم أممت السلطة الوطنية الحصص الامريكية والهولندية في شركة نفط البصرة اثناء حرب تشرين ١٩٧٣ ثم حصة كولبنكيان ، واخيراً اممت بقية الحصص الاجنبية الاخرى في الشركة المذكورة عام ١٩٧٥ .

وفي نطاق التجارة الداخلية والخارجية اصدر المشرع قانون تنظيم التجارة رقم ٢٠ لسنة ١٩٧٠ الذي تم بموجبه تشكيل المجلس الأعلى لتنظيم التجارة الداخلية والخارجية بما يحقق تطوير وحماية الاقتصاد الوطني ويمنع التلاعب بالأسعار واحتكار السلع . كما أصدر المشرع للقانون المذكور تعديلاً برقم ١١٨ لسنة ١٩٧٤ تضمن احكاماً تقضي بمعاقبة من يتلاعب بالاسعار أو يعمد الى احتكار السلع أو الغش فيها أو اخفائها أو اتلافها أو يعمد الى تخريب أو تعطيل أو الاضرار ضرراً بليغا بوسائل الانتاج أو السلع و الخدمات المقرر وضع اليد عليها أو جعلها غير صالحة للاستعمال . بل تضمن قانون التعديل المذكور نصاً يفرض عقوبة الاعدام على كل من يرتكب عمداً عملا يؤدي الى تخريب الاقتصاد القومي والاضرار ضرراً بالغا بالمصلحة العامة. كما نص على تشكيل محاكم خاصة ، يقررها وزير العدل للنظر في الجرائم المرتكبة ضد أحكام هذا القانون .

وفي مجال العمل والضمان الاجتماعي اصدرت حكومة الثورة قانون التقاعد والضمان الاجتماعي وقم ١١٢ لسنة ١٩٦٩ والذي منح العمال حق التقاعد لاول مرة في تاريخ العراق والذي الغي بموجبه قانون التقاعد والضمان

---

(١) يراجع الفصل الثامن من الباب الخامس من التقرير السياسي .

الاجتماعي رقم ٣٩ لسنة ١٩٧١ . وقد تضمن القانون الاخير امتيازات جديدة للعمال . كما اصدرت حكومة الثورة قانون العمل رقم ١٥١ لسنة ١٩٧٠ .

كما اصدرت حكومة الثورة قانون اصلاح النظام القانوني رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧ وقد تضمن القانون الاخير الاهداف والمنطلقات التي تؤكد النهج الاشتراكي للمشرع العراقي والتي سنشير اليها في مواضيعها .

الباب الرابع

مصادر القانون

Sources of Law

مصدر القانون لغة يعنى الاصل او المنبع الذي يستمد منه القانون قواعده وأحكامه. لذلك فالمصدر هو كل اصل يسهم في وجود القاعدة القانونية.

ومصادر القانون هي :

١ ـ المصدر التاريخي : (Historical Source)

ويقصد به الأصل الذي نقل عنه القانون . فمثلا يقال ان القواعد العرفية (١) (Customary Rules) وقواعد القانون الروماني تعتبر مصدراً تاريخيا للقانون المدني الفرنسي . وكذلك يقال ان الشريعة الاسلامية تعتبر مصدراً تاريخيا للعديد من قواعد القانون المدني العراقي.

وللمصدر التاريخي اهمية كبيرة في تفسير القاعدة القانونية، لانه ينبغي. لازالة الغموض الذي قد يكتنف صياغة قاعدة قانونية ما، الرجوع إلى المصدر التاريخي لهذه القاعدة .

ولذلك يعتبر الرجوع إلى الأصل التاريخي للقاعدة القانونية وسيلة من وسائل التفسير .

٢ ـ المصدر التفسيري :

يراد بالمصدر التفسيري للقانون، الجهة الّتى يستعان بها في تفسير القانون وذلك بتحديد مضمونها والكشف عن الغامض منها .

(١) Goadby, p.85.

وهناك مصدران او جهتان لتفسير القانون هما : الفقه والقضاء ومهمة المصدر التفسيري للقانون تقتصر على تفسير القانون ولاتتعداه إلى وضعه. ومع ذلك من الملاحظ ان القضاء يعتبر مصدراً له قوة الالزام في بعض الدول أي أن القضاء يصنع القانون في بعض البلاد كالبلاد الانكلوسكسونية

٣ـ المصدر المادي ـالموضوعي: (Material Source)

وهو مجموع الاصول والعوامل الواقعية والفكرية التي تسهم في خلق وتكوين القاعدة القانونية .

والاصول والعوامل الواقعية ترتد إلى الانسان في ذاته ، والوسط الطبيعي الذي يحيط به والوسط الاجتماعي الذي يعيش فيه . فالانسان قد يكون عاملا مؤثراً في خلق القاعدة القانونية . فمثلا ان الانسان حديث الولادة يكون عديم الارادة وبالتالي لايتصور ان تتوافر له الاهلية التي تجعله صالحاً لابرام التصرفات القانونية . ولذلك تعتبر القوانين المدنية تصرفاته باطلة .

وللعوامل الطبيعية اثرها في تكوين وخلق القاعدة القانونية . ومثال ذلك ما نراه من اختلافات بين قوانين بعض البلاد في تحديد سن الرشد . ويعود هذا الاختلاف إلى ما هو ثابت علميا من تأثر النمو البدني والجنس بعامل المناخ . كما ان للموقع الجغرافي ايضا اثره على القواعد القانونية فالدولة التي تحيط بها البحار تنمو فيها التجارة البحرية مما يؤدي إلى ظهور وتنشيط قواعد القانون التجاري البحري .

وكذلك للوسط الاجتماعي دوره في القانون ، اذ ان للآداب والتقاليد الخلقية السائدة في المجتمع أثرها في خلق القاعدة القانونية ،لذا نرى مثلا جماعة تألف تعدد الزوجات وأخرى تنكرها، ومن ثم كانت القاعدة القانونية التي تبيح تعدد الزوجات في الجماعة الاولى ، والقاعدة القانونية التي تحرمه في الجماعة الثانية .

والاصول والعوامل الفكرية التي تساهم في تكوين القاعدة القانونية هي

الاصول والعوامل الاقتصادية والسياسية والخلقية . فللعوامل الاقتصادية أثرها في القانون . ذلك لان تكوين القاعدة القانونية لايمكن ان يتم بمعزل عن السياسة الاقتصادية التي تنتهجها الدولة . فالدول الحديثة تتجه في ادارة وتنظيم أمورها الاقتصادية نحو الاقتصاد الموجه ، وهو يقضي بتوجيه الدولة للنشاط الاقتصادي في البلاد وسيطرتها عليه . مما حمل المشرعين في هذه الدول على تعديل قوانينها بشكل يتلائم مع هذه السياسة الاقتصادية .

وللعامل السياسي أثره ايضا في تكوين القاعدة القانونية . لان النظام السياسي الذي يسود الجماعة ينعكس بأثر واضح على القواعد القانونية فيها. ففي ظل النظم التي تؤمن بالمساواة الاجتماعية نجد ان القواعد القانونية توجه إلى تحقيق هذه المساواة وذلك باصدار قواعد قانونية تقيد حق الملكية وتعتبره وظيفة اجتماعية ، او بوضع قواعد قانونية اخرى لحماية الطرف الضعيف في الروابط العقدية كما هو الحال بالنسبة لعقد العمل وعقد الايجار .

وللاصول الخلقية أثرها في تكوين القاعدة القانونية . فالقاعدة القانونية التي تلزم المتعاقد بتنفيذ العقد الذي رضى به بارادة حرة ، ترجع إلى اصل خلقي يقضى بان الانسان يجب أن يصون العهد الذي يقطعه على نفسه :

٤ — المصادر الرسمية (Formal Sources)

يقصد بالمصادر الرسمية للقانون تلك الجهات التي يستمد منها القانـون قوته الملزمة (١). وبعبارة اخرى هي وسائل التعبير التي تكسب القاعدة القانونية قوة الالزام (٢).

٥ — مصادر القانون العراقي :

ان مصادر القانون العراقي هي المصادر التي حددتها المادة الاولى من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ والتي جاء فيها ما يلي : —

(١) Salmond, on Jarisprudence, Ninth Edition 1937 : 117.
Holland, p.55 Goadby, p85.
الاستاذ عبد الرحمن البزاز ، المرجع السابق ، ص١٠٤.

(٢) الدكتور علي محمد بدير ، المدخل لدراسة القانون ، نظرية القانون ١٩٧٠، ص١٤٣.

« ١ – تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها .

٢ – فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فاذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة.

٣ – وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالاحكام التي تقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية ».

واضح من النص اعلاه ان مصادر القانون العراقي هي المصادر التالية:

(١) التشريع ؛

(٢) العرف .

(٣) مبادىء الشريعة الاسلامية ؛

(٤) قواعد العدالة ؛

(٥) القضاء ؛

(٦) الفقه ؛

والمصادر اعلاه تنقسم إلى مجموعتين : الاولى تسمى بالمصادر الرسمية (Formal Sources) وتشمل المصادر الاربعة الاولى . والثانية تسمى بالمصادر غير الرسمية أو التفسيرية (Un formal Sources) وتشمل المصدرين الاخيرين .

ولذلك سنتناول المصادر أعلاه في فصلين ، نخصص اولهما للمصادر الرسمية وثانيهما للمصادر غير الرسمية(التفسيرية) .

الفصل العاشر

المصادر الرسمية للقانون العراقي

المبحث الاول

التشريـــع

(Legislation) (1)

عند بحث التشريع باعتباره مصدرا من مصادر القانون يجب التطرق الى الامور التالية التي افردنا لكل منها فرعاً خاصاً به : —

١ — معنى التشريع وخصائصه واهميته .

٢ — انواع التشريع وطرق سنها ونفاذها .

٣ — تطبيق القانــون .

٤ — تفسيــر القــانــون .

٥ — الغـــاء القــانون .

٦ — التقنيـــــن .

---

(١) ان كلمة (Legislation) مقتبسة في الأصل من كلمتين لاتينيتين هما (Lex) وتعنى القانون و (Ferre) وتعنى (وضع) . وعليه تكون الترجمة الحرفية لهما (وضع القانون).
Goadby, p. 150.

الفرع الاول

معنى التشريع وخصائصه وأهميته

١ ـ معنى التشريع وخصائصه : ـ

يراد بالتشريع سن القواعد القانونية من قبل السلطة المختصة بذلك (١) . أو هو مجموعة القواعد الصادرة من قبل سلطة مختصة (٢) .

ويتضح من هذا التعريف ان الخصائص التي تميز التشريع هي الخصائص التاليـــة : ـ

آ ـ التشريع يتضمن قواعد قانونية :

يتضمن التشريع قواعد قانونية تتوافر لها جميع خصائص القاعدة القانونية من حيث تنظيمها للروابط الاجتماعية واقترانها بجزاء واتصافها بصفة العمومية والتجريد .

وحيث اننا بيّنا هذه الخصائص عند دراسة خصائص القاعدة القانونية فنكتفي بهذا القدر هنا ونحيل الى مابيناه سابقاً .

ب ـ التشريع يصدر في صورة مكتوبة :

تمتاز القواعد التشريعية القانونية في أنها تصدر في صورة مكتوبة . وبذلك يتاح للقاعدة التشريعية التحديد والثبات اللذان يدفعان عنها الغموض والابهام .

---

(١) Goadby, p. 150 .Salmond, p. 127.

(٢) يطلق البعض على التشريع الذي تضعه السلطة التشريعية اسم (القانون المكتوب Writeen Law) إلا أن الأستاذ الأنكليزي كودبي يقول في صدد هذه التسمية بأنها تسمية غير موفقة لأنها توحي أن القانون الذي تشرعه السلطة التشريعية هو القانون الوحيد الذي يوجد بشكل محرر والواقع يخالف ذلك . لأن القواعد القانونية التي تستند على السوابق القضائية في انكلترا توجد في وثائق مكتوبة أيضاً. ولذلك يقترح استعمال اصطلاح (القانون المقنن anacted law) بدلا من (القانون المكتوب) ، المرجع السابق ، ص١٥١.

جـ ـ التشريع يصدر عن سلطة مختصة :

كما تمتاز القواعد التشريعية عن غيرها بكونها تصدر عن سلطة عامة تختص بالتشريع وهي السلطة التشريعية التي يحدد الدستور في كل بلد كيفية تكوينها واختصاصاتها وكيفية ممارستها لواجباتها .

ويختلف تكوين السلطة التشريعية باختلاف نظام الحكم في الدولة. فقد تتكون من رئيس الدولة ومجلس أو مجلسين منتخبين، أو من رئيس الدولة مع مجلس غير منتخب أو من مجلس الوزراء ورئيس الدولة ، وقد ينفرد رئيس الدولة بالسلطة التشريعية .

٢ ـ أهمية التشريع :

وللتشريع أهمية بالغة فهو يشغل مكان الصدارة بين مصادر القانون في العصر الحاضر ، لان الاغلبية الساحقة من القواعد القانونية تستمد وجودها من التشريع في اغلب الدول باستثناء الدول الانكلوسكسونية التي لايزال العرف والقضاء يحتلان فيه مكان الصدارة بين مصادر قانونها .

فالتشريع يعتبر اليوم المصدر الاصلي الاول للقواعد القانونية .
أما المصادر الاخرى فقد أصبح دورها دورا احتياطياً بحيث لايرجع الى قواعدها الا عند عدم وجودها القاعدة التشريعية .

وان تعاظم أهمية التشريع في عصرنا الحاضر يعود الى الاسباب التالية : ـ

آ ـ كثرة مزايا التشريع ، وقلة عيوبه بالقياس الى مزاياه وإمكان تلافي هذه العيوب بسهولة كما سنشير الى ذلك .

بـ ـ لجوء الدول الحديثة الى التشريعات لفرض إرادتها بشكل أوسع وضمان تركيز السلطة بيدها .

جـ ـ ظهور وانتشار النظام الديمقراطي الذي يؤمن بسيادة الشعب أدى الى ظهور هيئات مختصة بالتشريع يجري تكوينها وفق ارادة الشعب .

د ـ اعتبار التشريع الوسيلة الفضلى والغالبة للاقرار بالحقوق والحريات وحمايتها ادى الى زيادة اهمية التشريع .

هـ ـ انتشار النزعة الاشتراكية في المجتمعات الحديثة ادى الى زيادة تدخل الدولة في تنظيم شؤون الافراد عن طريق التشريع .

و ـ تطور المجتمع أدى الى تعدد وتنوع ضروب النشاط الاجتماعي والاقتصادي للافراد وكان لابد لمواجهة هذا التطور اللجوء الى التشريع لوضع قواعد تنظمه، وذلك لما يمتاز به التشريع من مزايا تجعله يواكب حركة التطور في المجتمع .

أما مزايا التشريع فهي : ـ

أولا ـ سهولة التعرف على قواعد التشريع : ـ

ان وضع التشريع في نصوص مكتوبة وصياغته صياغة فنية دقيقة وصبه في لغة بعيدة عن التعقيد يجعل التثبت من وجود القاعدة القانونية المطلوب تطبيقها على النزاع وفهمها أمراً ميسوراً وسهلا اذ يكفي ان تفتح التشريع للاطلاع على القاعدة الواجبة التطبيق بينما لايتحقق ذلك بالنسبة للعرف الذي قد يتولد الشك حول وجوده وقد تختلف الاراء حول مداه .

ثانياً ـ سرعة سن التشريع وتعديله : ـ

أهم ميزة من مزايا التشريع تكمن في سهولة سنه ، أو تعديله الى جانب قصر الوقت الذي يستغرقه انجاز كل من هاتين العمليتين الأمر الذي يتيح المجال للدولة لمواجهة التطور الذي يحصل في المجتمع وذلك بمعالجتهاالصورة الجديدة من العلاقات التي تظهر بنتيجة هذا التطور بقواعد قانونية جديدة تسنّها السلطة التشريعية .

ثالثاً ـ التشريع يؤدي الى وحدة القانون في الدولة :

ان وضع التشريع من قبل السلطة التشريعية وقدرة الدولة على ضمان تطبيقه في أرجاء الدولة كافة يقضي الى توحيد النظام القانوني فيها . ففرنسا

مثلا كانت حتى أواخر القرن الثامن عشر محكومة في أجزائها الشمالية بقواعد عرفية وفي أجزائها الجنوبية بالقانون الروماني ، ثم صدرت في أوائل القرن التاسع عشر تشريعات نابليون التي وحدت القوانين في جميع أجزاء البلاد . وبذلك نجح التشريع في تحقيق وحدة القانون في فرنسا .

والوحدة القانونية التي يحققها التشريع تعتبر من أسباب الوحدة السياسية للبلد الواحد . فالدول الحديثة لم تستكمل وحدتها السياسية الا بأستكمال وحدتها القانونية كما هو الحال بالنسبة لفرنسا مثلا .

رابعاً – التشريع يسهم في تطوير المجتمع :

ان وضع التشريع من قبل سلطة مختصة وسرعة سنّه مع أسهام الادارة العاقلة الواعية في تكوينه يجعل من التشريع اداة فعالة لأصلاح المجتمع : فما تصدره السلطة من تشريع قد لاتريد به الاستجابة لحاجات وأوضاع المجتمع القائمة وانما قد تصب فيه ماتؤمن به من مبادىء اصلاحية من شأنها ان تظفر بالمجتمع نحو الحياة الفضلى .

ورغم مابيناه اعلاه من مزايا جعلت التشريع يحتل الصدارة بين المصادر الاخرى للقانون فان هناك عيوبا تكتنفه وهي مايلي :—

آ— ان التشريع قد لايتماشي مع حاجة الامة ورغباتها . ذلك لان الساطة السياسية هي التي تصنع التشريع فيكون من المحتمل ان تسن هذه السلطة تشريعاً يتضمن قواعد تخالف حاجة الامة ورغباتها .

ثم ان تطور القانون قد يكون منسجماً مع تطور المجتمع وقد يكون تطوره بطيئاً بالنسبة لتطور المجتمع . فالمشرع هو المسؤول عن أخذ التطورات الاجتماعية بنظر الاعتبار عن طريق سن قواعد تشريعية جديدةو إلغاء القديمة منها أو تعديلها ، وهو قد يفعل ذلك وقد لايفعله .

ب— قد يتعجل المشرع في سن التشريع فيأتي تشريعه معيباً او قاصراً أو متعارضاً مع غيره من التشريعات فيضطر عندئذ إلى تعديل ما سنه من تشريع

وقد تتلاحق هذه التعديلات الأمر الذي قد يؤدي إلى زعزعة ثقة الناس بالقانون من جهة والاخلال بالاستقرار الواجب توافره للمعاملات من جهة أخرى .

ومع ذلك فإن المزايا التي يمتاز بها التشريع لا تقارن بهذه العيوب التي يمكن معالجتها وتجنبها بملاحقة المشرع للتشريع بالتعديل كلما تطلبت حاجة المجتمع، واحكام صنعة التشريع وعدم الاستعجال في سنّه، وبذلك يحال دون صدور تشريعات تخالف حاجات الشعب ورغباته، ويستقر القانون وتتعزز ثقة الناس به .

الفرع الثاني
انواع التشريع

المطلب الاول – انواع التشريع وطرق سنّها ونفاذها :

التشريعات تتدرج من حيث قوتها وأهميتها بحسب السلطة المختصة باصدارها وموضوعها. وتنقسم تبعاً لذلك إلى ثلاثة أنواع تتدرج فيما بينها على الوجه التالي :–

آ– التشريع الدستوري (التشريع الاساسي او القانون الاساسي) .
ب– التشريع العادي (الرئيسي او القانون) .
جـ– التشريع الفرعي .

وفي أدناه نحدد المقصود بكل نوع وطريقة سنّه :

آ– التشريع الدستوري (التشريع الاساسي او القانون الاساسي)
Constitutional Legislation

يراد بالدستور التشريع الأساسي الذي يضع الاسس التي تقوم عليها الدولة . فهو يحدد معالم نظام الدولة السياسي وشكل حكومتها وعلاقات سلطاتها العامة (التشريعية والتنفيذية والقضائية) . وأختصاصاتها وحقوقها وواجباتها . كما يقرر ما للافراد من حريات عامة وحقوق قبل الدولة .

ويأتي الدستور في القمة بين انواع التشريعات المختلفة .

وحيث اننا ستتطرق إلى طرق منح الدستور عند بحث القانون الدستوري باعتباره فرعا من فروع القانون العام نكتفي هنا بالقول بأن الدول تسلك اساليب مختلفة في وضع دساتيرها. فمنها مايتبع نظام الجمعية التأسيسية ، ومنها مايتبع نظام الاستفتاء العام وقد يصدر الدستور في حالات الازمات والظروف الاستثنائية في صورة اعلان كما هو الحال في الانقلابات العسكرية حيث يلجأ الانقلابيون إلى الغاء الدستور القائم واحلال اخر محله . وكذلك الامر في حالة الثورات التي تأتي بقوة اجتماعية يجتمع أركانها بوصفهم ممثلين للشعب ويصدرون الدستور . وقد يعرضونه بعد ذلك على الاستفتاء الشعبي حتى ياخذ في نظر المجتمع الصفة الشرعية .

والدستور الذي يصدر ، بنتيجة الانقلاب اوبنتيجة الثورة يكون ، في الغالب ، دستوراً مؤقتا يعمل به لمدة مؤقتة وحتى تسمح الظروف بوضع دستور دائم للشعب يبدي رأيه فيه اما عن طريق الجمعية التأسيسية ، او عن طريق عرضه على الاستفتاء الشعبي (١) .

ان وضع الدستور كما يكون بطريقة خاصة كذلك يكون تعديله . فالدستور غير المكتوب (المرن) يعدل بنفس الطريقة المتبعة في تعديل القانون العادي، بينما يعدل الدستور المكتوب (الجامد) بطريقة خاصة تختلف عنها .

كما يلاحظ ان الدستور قد لايحوى على جميع القواعد الدستورية وحينذاك يسد النقص الموجود في الدستور المكتوب عن طريق الاستعانة بالأعراف الدستورية .

ب- التشريع العادي (التشريع الرئيسي او القوانين)

Ordinary Legislation

التشريع العادي هو التشريع الذي تسنه السلطة التشريعية في الدولة في حدود اختصاصها المبين في الدستور ويعرف عادة باسم (القانون Act statute)

(١) مالك دوهان الحسن ، المصدر السابق ، ص٣٠٤ و ٣٠٥.

والسلطة التشريعية قد تتكون من مجلسين يتكون من مجموعهما مايسمى: « البرلمان » كما هو الحال في الدول الاتحادية كسويسرا والولايات المتحدة الامريكية . وقد تتكون السلطة التشريعية من هيئة واحدة وتسمى: (الجمعية الوطنية) كما هو الحال في أغلب الدول البسيطة

وكانت السلطة التشريعية في العراق تتكون بموجب القانون الاساسي الذي اسقطته ثورة ١٤ تموز ١٩٥٨ من مجلسين: الاول هو مجلس النواب وهو مجلس منتخب ، والثاني هو مجلس الاعيان وهو مجلس تم أختيار أعضائه عن طريق التعيين .

وفي ظل الدساتير التي صدرت بعد ثورة ١٩٥٨ أصبحت السلطة التشريعية من اختصاص السلطة التنفيذية ، بمعنى ان السلطتين التشريعية والتنفيذية قد اجتمعتا في يد هيئة واحدة .

وتولى مجلس قيادة الثورة السلطة التشريعية بعد ثورة ١٧ — ٣٠ تموز ١٩٦٨ إلى ان صدر القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٨٠ والذي تم بموجبه تخويل المجلس الوطني صلاحية اقتراح القوانين وتشريعها وفقاً لاحكام الدستور وفي الحدود المرسومة لذلك (المادة ٤٧ قانون المجلس الوطني) .

ج — التشريع الفرعي : Subardinate Legislation

التشريع الفرعي هو النوع الثالث من التشريعات ويقصد به التشريع الذي تصدره السلطة التنفيذية، حسب اختصاص مقرر لها في الدستور تسهيلاً لتنفيذ التشريع العادي أو لتنظيم المرافق والخدمات العامة .

فالسلطة التنفيذية في إصدارها للتشريع الفرعي لاتحل محل السلطة التشريعية حلولا مؤقتا وانما تقوم هي بذلك استناداً الى اختصاص نص عليه الدستور ولذلك فهذا الاختصاص لايعلق على غياب السلطة التشريعية كما هو الحال في تشريع الضرورة ولا على تفويض كما هو الحال في التشريعات التفويضية

والغاية من تخويل السلطة التنفيذية صلاحية التشريع هي تخفيف اعباء

السلطة التشريعية من جهة واختبار التنظيم الملائم للمصالح والمرافق العامة من جهة أخرى لان التشريع العادي لايتناول بالتنظيم جميع التفصيلات الدقيقة لما يتناوله بالحكم من مسائل ، لتعذر المام السلطة التشريعية بها عند سنها للقانون ، ولان هذه التفصيلات تظهر عادة عند تطبيق القانون ولذلك كان من الافضل ترك تنظيمها الى السلطة التنفيذية بما يناط بها من اختصاص اصيل ، خاصة وان السلطة التنفيذية أقدر على بيان التفصيلات والجزئيات اللازمة لتنفيذ القانون لانها أكثر اتصالا بالجمهور بحكم وظيفتها واكثر استيعابا لظروف تطبيق القوانين وقدرة على اختيار التنظيم الملائم لسير العمل في المصالح والمرافق التي تتولى ادارتها (١) .

بينا ان القواعد التشريعية تقوم على مبدأ التدرج التشريعي (٢) لانها تتفاوت في قوتها تبعاً لاهمية المسائل التي تتناولها .

وحسب مبدأ التدرج التشريعي تخضع كل قاعدة تشريعية إلى القاعدة التشريعية التي تسمو عليها في المرتبة.فمن مقتضى هذا التدرج ان التشريع الادني يجب أن لايخالف التشريع الاعلى منه، فلا يصح ان يكون التشريعي مخالفا للتشريع الدستوري او التشريع العادي ، كما لايجوز ان يكون التشريع العادي مخالفا للتشريع الدستوري. فاذا تعارض تشريعين من مرتبتين مختلفتين وجب تغليب التشريع الاعلى على التشريع الادنى .

المطلب الثاني : نفاذ التشريع :

يوجد القانون اذا تم سنه من قبل السلطة المختصة على الوجه الذي بيناه سابقا . ولكن هذا الوجود لايكفي لكي يصبح القانون نافذا ،بل يلزم لذلك ان يمر بمرحلتين الأولى هي مرحلة اصدار القانون ، والثانية هي مرحلة نشر القانون .

---

(١) الدكتور محمد يعقوب السعيدي ، مبادئ القانون الإداري ، ص٢١٠.

(٢) The Gradation of Law .

وبمجرد نشر القانون وحلول الوقت المحدد لنفاذه اذا كان قد حدد لنفاذه وقت تقوم قرينة قانونية قاطعة على علم الافراد به . ومن هنا كانت للقاعدة القانونية التي تقضي بان (الجهل بالقانون لايعتبر عذراً) .

ولما تقدم فاننا سنبحث ادناه أمرين : أولهما هو إصدار القانون ونشره، وثانيهما هو قاعدة الجهل بالقانون لايعتبر عذراً .

١ـ إصدار القانون ونشره :

تعتبر عملية اصدار القانون ونشره المرحلة الاخيرة من مراحل العملية التشريعية .

فمشروع القانون ، بعد ان توافق عليه السلطة التشريعية ، يجب أن يصدر به أمر من السلطة التنفيذية و هذا مايسمى ب(أصدار القانون) . الا ان القانون لايعد نافذاً الا بعد ان يكون في قدرة المواطنين العلم بمضمونه . وهذا الامر لايتحقق الا بعد نشره ولذلك يجب التطرق الى اصدار القانون اولاً ، والى نشر القانون ثانياً .

آ ـ اصدار القانون :

اصدار القانون عبارة عن عملية قانونية تتضمن شهادة السلطة التنفيذية بأن القانون قد سن طبقاً لاحكام الدستور ، وأمرها جميع السلطات في الدولة بتنفيذه كلاً بقدر تعلق الامر به وحسب احكام الدستور العراقي المؤقت الصادر عام ١٩٧٠ يتولى رئيس الجمهورية اصدار القانون باعتباره رئيساً للسلطة التنفيذية (٢١ و٥٢ و٥٣ م من الدستور المؤقت) .

ان اصدار القانون بواسطة السلطة التنفيذية أمر يقتضيه مبدأ الفصل بين السلطات . فالسلطة التشريعية لاتملك تكليف رجال السلطة التنفيذية بتنفيذ القانون كما ان هؤلاء لايتلقون أمر التنفيذ من السلطة التشريعية ، لذلك كان لابد من أن يصدر ذلك من رئيس السلطة التنفيذية (١) .

---

(١) عبد المجيد عباس ، أصول القانون ، ص٢٢٨.

ب – نشر القانون:

لايصبح القانون ، كما بيّنا واجب التطبيق الا بعد ان يكون في قدرة المخاطبين به العلم بمضمونه وهذا لايتحقق الا بعد نشره وحلول التاريخ المحدد لنفاذه.

والنشر ضروري لنفاذ القانون دستورياً كان ام تشريعياً عادياً ام تشريعاً فرعيـــاً.

ويتم نشر القانون في العراق بنشر نصوصه في الجريدة الرسمية (الوقائع العراقية) . ويعتبر واجب التنفيذ من تاريخ نشره في الجريدة المذكورة الا اذا نص صراحة في القانون المنشور على خلاف ذلك . وقد نصت على ذلك المادة ٦٤ من الدستور العراقي المؤقت بقولها (تنشر القوانين في الجريدة الرسمية ويعمل بها من تاريخ نشرها الا اذا نص فيها على خلاف ذلك) . وهناك بعض الدساتير التي تشترط لنفاذ القانون مرور مدة معينة على تاريخ نشره كما هو الحال في الدستور المصري حيث تنص المادة ٦٤ منه على ان يكون القانون نافذاً بعد عشر أيام من تاريخ نشره .

ان امكان حصول نشر القانون في نفس الوقت الذي حصل فيه الاصدار قد يدعوا الى الاعتقاد بانهما شيء واحد . ولكن مع ذلك يجب التمييز بين اصدار القانون ونشره خاصة وان الغالب ان يختلف وقت الاصدار عن وقت النشـــر .

وسواء اعتبر القانون نافذاً من تاريخ نشره أو بعد مضي مدة معينة من التاريخ المذكور فان يوم نشره لايحسب ضمن مدة نفاذه بل يعتبر القانون نافذاً من اليوم التالي للنشر اذا كان واجب النفاذ من تاريخ نشره أو بانقضاء اليوم الاخير للمدة المحددة في القانون اذا نص القانون على نفاذه بعد مدة معينة من تاريخ نشره .

وقد ذهبت المحكمة الادارية العليا في مصر الى ذلك في قرار لها جاء فيه ان (الاصل الدستوري هو ان القوانين لايعمل بها الا من تاريخ العلم بها . وان هذا العلم يفترض من واقعة نشرها في الجريدة الرسمية أو بعد فوات ميعاد محدد من هذا النشر . والعلم والحالة هذه لايفترض الا بعد تمام واقعة معينة فلا يبدأ المجال الزمني الحقيقي لتطبيق القانون الا بعد اليوم المعين لتمام هذا النشر . لان هذا اليوم هو فاصل زمني يمتد اربعاً وعشرين ساعة وقد يتم في أي وقت فيه وقد يتراخى هذا الوقت لاخره . فكيف يفترض علم الناس بالقانون الجديد من أولـــه ....) (١) .

واذا اختلف تاريخ توزيع الجريدة الرسمية عن تاريخ المطبوع عليها فالعبرة تكون بتاريخ توزيعها لابتاريخ طبعها .فمثلاً اذا نشر القانون في الجريدة الرسمية ولكن الجريدة لم توزع في يوم طبعها وانما وزعت بعد ذلك فالعبرة تكون بتاريخ التوزيع لابتاريخ طبع الجريدة ، لان افتراض العلم بالقانون يستوجب عدم قيام اسباب تحول دون قيام هذا الافتراض . وعدم توزيع الجريدة هو في الواقع سبب يحول دون قيام هذ الافتراض وهذا الافتراض لايقوم الا اذا زال هذا السبب بتحقيق توزيع الجريدة (٢) .

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية في قرار لها الى ان افتراض علم الكافة بما أوجبه القانون مرهون بعدم قيام اسباب تحول حتماً دون قيام هذا الافتراض . فالعبرة في تقدير المحكمة ليس بتاريخ طبع الجريدة ولكن بتاريخ توزيعها وعندئذ تستقيم القرينة التى تفترض علم الناس كلها بالقانون(٣).

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية القانون ، ص٣٦ ، هامش (٢).

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق، ص١٥٩ . شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق، ، ص١٧١. مالك دوهان الحسن ، المرجع السابق ص٣١٩ .

(٣) حكم محكمة النقض المصرية الصادر في ٢٤ يونيه ١٩٥٨ نقلاً عن شمس الدين الوكيل المرجع السابق ، ص١٧١.

وجدير بالذكر ان المشرع العراقي يشترط لنفاذ القانون نشره في جريدة الوقائع العراقية . لذا فان نشره بوسيلة أخرى كالنشر في الصحف أو في اعلانات توضع في اماكن عامة أو بطريق الاذاعة لايغني عن النشر في الجريدة الرسمية.

ومع ذلك يلاحظ ان بعض الدول لاتتقيد بشرط النشر في الجريدة الرسمية على اطلاقه، بل تستثنى منها حالات الضرورة كالقانون اللبناني الذي يجيز النشر في (حالة الضرورة الناتجة عن ظروف خاصة) بوسيلة اخرى من وسائل الاعلان .

٢ ـ قاعدة الجهل بالقانون لايعتبر عذراً:

أ ـ مفهوم القاعدة ومبرراتها:

تعنى قاعدة (الجهل بالقانون لايعتبر عذراً) افتراض علم الكافة بصدور القانون واحكامه منذ تاريخ نشره سواء اعتبر نافذاً من تاريخ نشره او من تاريخ اخر نص عليه القانون.

ان مباديء العداله تقتضي نشر القانون ليطلع عليه الافراد حتى يصح تطبيقه عليهم. ولكن يلاحظ ان المشرع يفترض علم كافة الناس بالقانون الجديد بمجرد تحقق نشره في الجريدة الرسمية ولكن هذا لايعني اطلاقاً وصول القانون فعلا الى علم جميع الناس في البلد، لان هناك الامي الذي يجهل القراءة والكتابة وهناك المريض الذي يمتنع عليه الاطلاع على القوانين الجديدة، وهناك المقيمون خارج البلد الذين يتعذر عليهم الاطلاع على القانون بسبب وجودهم في الخارج. كما ان هناك الاجنبي الذي يتعذر عليه ذلك ايضا بسبب جهله اللغة التي نشر بها القانون. ترى هل بامكان هؤلاء التخلص من احكام القانون الجديد بحجة عدم اطلاعهم عليه او لا؟

ان القوانين كقاعدة، متى نشرت فانها تعتبر معلومة لدى كل الافراد فتطبق عليهم جميعا دون تمييز بين من يعلم بوجوده وبين من لايعلم. فبمجرد نشر القانون تقوم قرينه قانونية قاطعة على علم الافراد به ولايجوز

للافراد اثبات عكسها . ومن هنا جاءت القاعدة التي نحن بصددها التي تقول بان (الجهل بالقانون لايعتبر عذراً). كما ان ضرورة تطبيق القانون يستلزم الاخذ بالقاعدة المذكورة فهذه تستند الى الاساسين التاليين: —

أولا — القرينة : —

يذهب الشراح الى ان اساس هذه القاعدة هو قرينة قاطعة تفترض علم الناس كافة بالقوانين بعد نشرها في الجريدة الرسمية. وهذه القرينة القانونية قاطعة لاتقبل اثبات العكس.

ثانياً — ضرورة تطبيق القانون :

ان ضرورة تطبيق القوانين على جميع الناس تستوجب الأخذ بقاعدة (الجهل بالقانون لايعتبر عذراً) لانه اذا فسحنا المجال لبعض الافراد بان يستبعدوا تطبيق احكام القانون بحجة جهلهم بها فان ذلك يؤدي الى تعذر تطبيق القانون والحيلولة دون قيام القانون باداء وظيفته الاساسية وهي اقامة النظام والاستقرار في المجتمع. كما انه يؤدي الى التمييز بين الافراد اى بين الذين يعلمون بوجود القانون والذين يجهلونه وهذا الامر يتعارض مع مبدأ مساواة الافراد امام القانون.

ولكل ماتقدم نجد ان جميع التشريعات تقبل بالقاعدة مدار البحث ولكن ترى ماهو نطاق تطبيقها؟

يذهب بعض الشراح الى القول بسريان قاعدة (الجهل بالقانون لايعتبر عذراً) على القاعدة القانونية الآمرة دون القواعد القانونية المكملة، اى انه بحسب هذا الرأى للشخص ان يحتج بجهل القاعدة القانونية المكملة واستبعاد حكمها دون القواعد القانونية الآمرة.

لكن هذا الرأي يتنافى مع صفة الالزام التي تتوافر للقواعد القانونية المكملة. فالقواعد المكملة هي قواعد ملزمة واجبة الاتباع مادام الافراد لم يتفقوا

على خلافها (١) . ولذلك فالرأي الراجح عندنا هو الذي يذهب الى سريان قاعدة الجهل بالقانون لاتعتبر عذراً على كافة القواعد القانونية ايا كان نوعها أي سواء كانت قاعدة قانونية آمرة أو قواعد قانونية مكملة .

ب- الاستثناء من القاعدة :

ان قاعدة (الجهل بالقانون لايعتبر عذرا)ليست بقاعدة مطلقة بل ترد عليها الاستثناءان التاليان :

أولا - وجود نص قانوني :

اذا نص القانون نفسه على الاخذ بعذر من يدعي الجهل بالقانون فيعمل بهذا الحكم . ومثال هذا النص القانوني الذي يسمح بالتمسك بجهل القانون لاستبعاد حكمه هو القانون الصادر في فرنسا عام ١٨٧٠ والذي ينص على انه اذا حصلت مخالفة في وقت قريب من وقت اعلان القانون فان العذر بجهل القانون يقبل بشرط ان يكون القانون جنائياً .

وقدر هذا الوقت بثلاثة أيام كاملة .

ثانياً - القوة القاهرة :

حالة القوة القاهرة هي الحالة التي يستحيل معها ماديا على الانسان العلم بنشر القانون .كاستحالة وصول الجريدة الرسمية التي نشر فيها القانون الى جزء من ارض البلد كما هو الامر في حالة الفيضان الذي يقطع سبل الاتصال بين جزء منه والاجزاء الاخرى ،وحالة انقطاع جزء من بلد عن الاجزاء الاخرى بسبب احتلاله من قبل القوات الاجنبية .اذ في هذه الحالات تنتفى

---

(١) شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق . ص٢١١ و ٢١٢.

فرصة العلم بالقانون لتعذر وصول الجريدة الرسمية الى جزء أو اكثر من اجزاء البلد بسبب الظروف اعلاه ،ومن ثم كان من الطبيعي ان يسمح للشخص المقيم في هذه الاجزاء التمسك بجهله بالقانون الجديد .

ويلاحظ أن حالة القوة القاهرة هذه هي حالة عامة ومجردة ويتعذر فيها العلم بالقانون لاسباب عامة خارجة عن إرادة الشخص وقدرته .

والحكمة في قبول هذا الاستثناء هي أن النشر وسيلة العلم بالقانون على أساس إمكان الاطلاع عليه في الجريدة الرسمية . فان كان هذا الاطلاع مستحيلا بقوة قاهرة فليس من العدل الزام الشخص بما ليس في قدرته (١).

والاستثناء مدار البحث قاصر على التشريع لانه هو وحده الذي ينشر في الجريدة الرسمية ويعتبر معلوما بهذا النشر . أما قاعدة (الجهل بالقانون لايعتبر عذراً) فهي قاعدة تسري على جميع القواعد القانونية بصرف النظر عن مصدرها سواء كانت القاعدة قاعدة تشريعية أم عرفية أم قاعدة دينية (٢).

وهنا يجب التنبيه الى لزوم عدم الخلط بين قاعدة (الجهل بالقانون لايعتبر عذراً) وقاعدة الغلط في القانون) لان الغلط في القانون وإن كان يتضمن الجهل بحكمة إلا انه لايكفي وحده لابطال العقد بل يلزم لذلك توافر شروط الغلط الاخرى التي نص عليها القانون (كالشروط الواردة في المادتين ١١٨و١١٩ من القانون المدني العراقي) .

فالغلط في القانون شيء وعدم الاعتداد بجهل القانون شيء آخر من آثاره كان الغلط في القانون يمنح من وقع في الغلط الحق في التخلص من آثاره عن طريق المطالبة بابطال العقد ، فان مجرد العذر بجهل القانون لايسمح بالتنصل من تطبيق احكام القانون .

---

(١) شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص٢١٣.

(٢) علي محمد بدير : المدخل لدراسة القانون ، نظرية القانون ، ١٩٧٠ ص١٥٢ و ١٥٣

ويلاحظ في هذا الصدد ان المادة ٣٧ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ تنص في هذا الصدد على انه (١ – ليس لاحد ان يحتج بجهله باحكام هذا القانون او اى قانون عقابي مالم يكن قد تعذر عليه العلم بالقانون الذى يعاقب على الجريمة بسبب قوة قاهرة ٢ – للمحكمة ان تعفو من العقاب الاجنبي الذى يرتكب جريمة خلال سبعة ايام على الاكثر من تاريخ قدومه الى العراق ،اذا ثبت جهله بالقانون وكان قانون محل اقامته لايعاقب عليها) .

يفهم من النص اعلاه ان المشرع الجنائي العراقي يستثني حالتين من قاعدة (الجهل بالقانون لايعتبر عذرا) الاولى هي حالة تعذر علم الشخص بالقانون الذى يعاقب على الجريمة التي ارتكبها بسبب قوة قاهرة والثانية هي حالة الاجنبي الذى يجهل القانون بشرط ان تتوافر الشروط الواردة في الفقرة الثانية من المادة اعلاه وهذه الشروط هي مايلي :–

أ – ان يكون الشخص اجنبيا ،وحيث ان كلمة (الاجنبي) جاءت بصيغة مطلقة فهي تشمل كل من لايحمل الجنسية العراقية عربيا كان ام غير عربي .

ب – ان يكون الاجنبي قد ارتكب الجريمة خلال سبعة ايام على الاكثر من تاريخ قدومه الى العراق .

جـ – ان يثبت جهله بالقانون العراقي الذى يعاقب على الجريمة .

د – ان لايعاقب قانون محل اقامة الاجنبي على الجريمة التي ارتكبها في العراق .

فاذا توافرت الشروط اعلاه كان للمحكمة العفو عن الاجنبي من العقوبة المقررة في القانون .

الفرع الثالث

تطبيــق القانون

سريان القانون من حيث الزمان والمكان و الاشخاص

يعتبر القانون نافذاً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية و بعد مرور المدة المحددة في القانون على تاريخ النشر .

والقانون يصبح نافذ المفعول ويسرى على جميع التصرفات والوقائع التي تحدث بعد سريانه وفي ظله ، ويستمر في السريان حتى يتم الغاؤه .

فالقانون لايسري على التصرفات والوقائع التي حدثت قبل نفاذه وهذا مايسمى بمبدأ (عدم رجعية القوانين) ، ويدرس تحت عنوان (سريان القانون من حيث الزمان) .

كما ان القانون الذي تصدره الدولة يسرى على كافة الوقائع والتصرفات التي تقع داخل اقليمها وعلى جميع الاشخاص الموجودين فيها هذا مايسمى بـ (إقليمية القوانين)، ويدرس تحت عنو ن (سريان القانون من حيث المكان). لذلك سنبحث موضوع (تطبيق القانون) في فرعين : نخصص أولهما لسريان القانون من حيث الزمان ، وثانيهما لسريان القانون من حيث المكان.

المطلب الاول

سريان القانون من حيث حيث الزمان

(مبدأ عدم رجعية القوانين)

القانون الجديد ، كما بينا يسري من تاريخ نفاذه ولايسري الا بالنسبة للمستقبل دون الماضي . فهو لايسري على التصرفات والوقائع التي وقعت قبل صدوره .

ولهذا المبدأ مايبرره ، فهو من مستلزمات العدل ، اذ ليس من العدل ان

يرتكب المرء عملا مباحا في ظل قانون قائم ثم ياتي قانون جديد فيجعل منه عملا معاقبا عليه. كما ان الاخذ بخلاف المبدأ المذكور يسبب الاضطراب في المعاملات وفقدان ثقة الناس بالقانون فلا يطمئن الناس إلى افعال يقومون بها رغم كونها مباحة ولا إلى تصرفات يعتقدونها وفقا للقواعد القانونية قائمة (١) .

ومن ناحية اخرى نجد بان المبدأ مدار البحث ينسجم مع المبدأ القاضي بعدم نفاذ القانون الا بعد نشره في الجريدة الرسمية حتى يتحقق علم الناس به.

ويلاحظ ان معظم الدول تأخذ بهذا المبدأ في قوانينها بل حتى في دساتيرها كالدستور العراقي المؤقت لعام ١٩٧٠ الذي ينص في الفقرة (ب) من المادة(٦٤) منه على ان (ليس للقوانين أثر رجعي الا اذا نص على خلاف ذلك ،ولا يشمل هذا الاستثناء القوانين الجزائية وقوانين الضرائب والرسوم المالية). كما ان القانون المدني العراقي يقضي في المادة العاشرة منه على ان (لايعمل بالقانون الا من وقت صيرورته نافذاً فلا يسرى على ما سبق من الوقائع الا اذا وجد نص في القانون الجديد يقضي بغير ذلك او كان القانون الجديد متعلقاً بالنظام العام والاداب).

واستناداً الى الحكمين اعلاه ،يمكن القول بان القانون الجديد ،سواء تعلق بالنظام العام او لم يتعلق ،لايسرى على الماضي الا اذا نص فيه صراحة على ذلك لان حكم الدستور المؤقت قد جاء مقيدا لحكم القانون المدني(٢).

ويترتب على مبدأ (عدم رجعية القوانين) ان على القاضي الامتناع عن تطبيق القانون الجديد على الوقائع التي تقع قبل نفاذه ،بل عليه تطبيق القانون النافذ المفعول وقت وقوع هذه الوقائع .

---

(١) الدكتور محمود جمال الدين ، دروس في مقدمة الدراسات القانونية ١٩٦٤ ص٢١٨ . الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص١٨٢. الأستاذ عبد الرحمن البزاز ، المرجع السابق . ص٢٣٤.

(٢) الدكتور مالك دوهان الحسن ، المرجع السابق ، ص ٤٣٣.

فمثلا اذا تزوج (أحمد) البالغ من العمر ستة عشرة سنة من (عائشة) البالغة من العمر اربعة عشرة سنة في ظل قانون يجيز مثل هذا الزواج ،ثم صدر قانون جديد لايجيز الزواج الا اذا كان عمر الزوج ثمانية عشرة سنة وعمر الزوجة ستة عشرة سنة ،فالزواج يخضع للقانون القديم لاالقانون الجديد .

وكذلك اذا ارتكب شخص جريمة تزوير في ظل قانون يقضي بمعاقبة المزور في هذه الجريمة بالحبس لمدة خمس سنوات وقبل صدور القرار من المحكمة فيها صدر قانون جديد يقضي بمعاقبة المزور بالحبس لمدة عشر سنوات ،فالجريمة الواقعة تخضع للقانون القديم لا القانون الجديد.

والواقع انه لاتثور صعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق في المثالين اعلاه لان الامر فيهما يتعلق بمراكز قانونية نشأت وترتبت آثارها في ظل قانون معين . ولذلك لايمكن ان نتصور في المثالين السابقين قيام تنازع بين قانون وآخر . فالاوضاع التي تنشأ وتترتب آثارها في ظل القانون القديم تخضع له ومما ينشأ منها وتترتب آثاره في ظل القانون الجديد ويخضع للقانون الجديد.

ولكن الصعوبة تظهر بالنسبة للاوضاع الناقصة التكوين أو المستمرة الأثر عندما يصدر القانون الجديد في الوقت الذي توافرت فيه بعض شروط هذه المراكز القانونية أو كل شروط وجودها ولكن قبل ان تستنفذ كل آثارها . أي ان الصعوبة تثور في هذا الخصوص بالنسبة الى أوضاع قانونية تمتد في ظل قانونين مختلفين كالاوضاع التي يستغرق تكوينها زمنا طويلا كالتقادم والوصية ، حيث يبدأ تكوينها في ظل قانون آخر . وكذلك الامر بالنسبة للاوضاع التي يستغرق ترتيب آثارها زمنا طويلا كعقد القرض بفائدة والزواج والجريمة ، حيث تنشأ في ظل قانون وتترتب آثارها أو تنقضي في ظل قانون أخر . كما ان هناك أوضاعاً تتعلق بصلاحية الشخص كالاهلية فتتوفر للشخص في ظل قانون وتتعدل أحكامها

في ظل قانون آخر (١) .

فمثلا اذا كان القانون يجيز للشخص ان يكسب ملكية الشيء بالتقادم اذا حازه مدة خمسة عشرة سنة بشروط معينة ، فحاز شخص عقاراً مملوكاً لغيره مدة عشر سنوات ، ثم صدر قانون جديد يطيل المدة أو يقصرها أو يغير من شروط التقادم الاخرى .

واذا ابرمت وصية لوارث في ظل قانون يجعل نفاذها معلقاً على اجازة بقية الورثة ، ثم يصدر قانون جديد قبل وفاة الموصي يقضي بنفاذ الوصية في ثلث التركة دون الحاجة الى اجازة الورثة .

وكذلك اذا تم عقد قرض بفائدة اتفاقية سعرها ٨ ٪ في ظل قانون يجيز ذلك،ثم صدر قانون جديد يجعل الحد الأعلى لسعر الفائدة الاتفاقية ٧٪.

وكذلك اذا كان القانون يخول الزوج حق الطلاق دون حاجة الى حكم من القاضي،ثم صدر قانون جديد اثناء قيام الزوجية يحرم الطلاق الا بحكم من القاضي اواذا رفعت دعوى امام المحكمة المختصة بنظرها وفقا للاجراءات التي يتطلبها القانون ، ثم صدر قانون جديد اثناء نظر الدعوى يجعلها من اختصاص محكمة اخرى او يتطلب في شأنها اجراءات غير التي كانت مقررة في القانون القديـــم.

او اذا كان القانون يجعل سن الرشد ثمانية عشرة سنة ، ثم صدر قانون جديد يرفع هذا السن الى احدى وعشرين سنـــة.

ففي الامثلة اعلاه اى القانونين يكون واجب التطبيق ؟هل القانون القديم باعتبار ان الوقائع قد بدأت في ظله ،ام هو القانون الجديد باعتبار ان هذه الوقائع قد تكاملت وآثارها في ظلــــه.

هناك نظريتان في هذا الصدد هما :النظرية التقليدية ،والنظريةالحديثة . ونبحثهما ادنــــاه :

(١) راجع بصدد هذه الأمثلة – الصدة ، المرجع السابق ، ص١٣٦ و١٣٧.

أولاً ـ النظرية التقليدية :

تذهب هذه النظرية الى ان القانون الجديد هو الذي يسري في الحالات اعلاه الا اذا مس حقا مكتسبا ،ففي هذه الحالة لايسرى هو وانما يسرى القانون القديم حتى لايكون للقانون الجديد اثر رجعي.

ويقصد بـ(الحق المكتسب) الحق الذي استقر نهائيا ودخل في ذمة شخص ويمكن الدفاع عنه بدعوى او دفع ولا يمكن نقضه او انتزاعه بدون رضاه . (فالحق المكتسب) اذن يختلف عن (مجرد الامل) ، لان الاخير ماهو الا امنية قد تتحقق وقد لاتتحقق (١) .

فمثلا :اذا أوصى شخص بنصف أمواله لآخر غير وارث في ظل قانون يجيز ذلك ثم مات الموصي وصدر بعد وفاته قانون جديد لايجيز الوصية لغير الوارث الا في حدود الثلث . فهنا تعتبر الوصية صحيحة نافذة بموجب القانون القديم ولا يسرى عليها القانون الجديد لاننا أمام حق مكتسب هو حق الموصى له الذي تحقق بموت الموصي قبل صدور القانون الجديد .

الا أن القانون الجديد يسرى على الوصية اذا كان قد صدر قبل وفاة الموصي ، لان الموصى له لايكتسب حقه الا بوفاة الموصي ، فهو قبل حصول الوفاة كان في انتظار امل ولم يتحقق بسبب صدور القانون الجديد قبل وفاة الموصي .

فما يملكه الموصى له ، في الحالة الاخيرة ، ليس الا مجرد امل اذ كان باستطاعة الموصي الرجوع عن وصيته وتحديدها بالثلث ، او حتى بدون الثلث

---

(١) الدكتور سليمان مرقس، المرجع السابق ،ص٢٠١. الدكتور عبدالفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ،ص٢٩٧. الدكتور حسن فرج ، المرجع السابق ،ص٢٥٦. ويطلق عليه اسم (الحق المنتظر) راجع

Necip Bilge. a.ge. S.153.

Dr, Sabri Sakir Ansay, Hukuk Bilimine *Baslangic*. 5ci baski. 1955, 78–79.

أو إبطالها من حيث الاساس ، لان الوصية في حياة الموصي عقد غير ملزم وللموصي الرجوع عنها .

الا ان هذه النظرية ، تذهب في نفس الوقت إلى ان قاعدة (عدم رجعية القوانين) ليست مطلقة ، اذ ترد عليها الاستثناءات التالية :

أ- النص الصريح :

بامكان المشرع ان ينص صراحة في القانون الجديد على سريانه على الماضي، اذا اقتضت المصلحة العامة ذلك .

وهذا هو مايفهم من العبارة الاخيرة من الفقرة (ب) من المادة (٦٤) من الدستور العراقي المؤقت لسنة ١٩٧٠ والمادة العاشرة من القانون المدني العراقي (١).

ويجب الاشارة هنا الى ان عدم جواز ايراد مثل هذا النص في القوانين الجنائية ، يعود الى تعارض ذلك مع المبدأ السائد في نطاق القانون الجنائي والذي يقضي بان (لاجريمة ولاعقاب الابنص) .

كما يجب عدم اللجوء الى ذلك الا في الحالات الضرورية وعندما تقضي المصلحة العامة ذلك .

ومثال النص القاضي بسريان القانون الجديد على الماضي في العراق هو نص المادة ١٧ من القانون رقم ٧ لسنة ١٩٥٨ الخاص بمحاكمة السياسيين والتي نصت على سريان احكامه على الافعال التي ارتكبت قبل نفاذه .

ب- القوانين الجنائية الاصلح للمتهم :

القوانين الجنائية التي تتضمن احكاما اصلح للمتهم تسرى على الماضي دون حاجة الى نص خاص بذلك (٢) .

فاذا صدر قانون جنائي اصلح للمتهم بعد وقوع الفعل وقبل الحكم

(١) بصدد نص المادتين أعلاه يراجع الصفحة ١٤١، ١٤٢ من هذا المؤلف
(٢) عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص٢٨٣.

فيه نهائيا فان هذا القانون هو الذي يجب تطبيقه على الفعل . ولكن يشترط في ذلك لايكون قد صدر حكم اكتسب الدرجة القطعية في القضية . اما اذا كان الحكم قد اكتسب الدرجة القطعية فانه ينفذ على المحكوم عليه بالرغم من صدور قانون جديد يبيح الفعل الذي عوقب المتهم من اجله او يخفف عقوبتـــه .

على انه اذا صدر قانون او اكثر بعد ارتكاب الجريمة وقبل ان يصبح الحكم الصادر فيها نهائيا فيطبق القانون الأصلح للمتهم .

والقول بسريان القانون الجنائي الجديد الاصلح للمتهم لايتعارض مع المادة ٦٤ من الدستور العراقي المؤقت التي تمنع صدور قانون جنائي بأثر رجعي ،لان هدف النص الدستوري المذكور هو عدم التشديد على المتهم ، فهو لايحول دون التخفيف عليه اذا نص قانون جديد لاحق على ذلك (١).

وهذا الاستثناء الذي يقضي بسريان القوانين الجنائية الاصلح للمتهم على الماضي ، هو من مقتضيات المنطق والعدل ، لان المشرع عندما يعمد الى الغاء او تخفيف عقوبة ما فانه يفعل ذلك بسبب ان تلك العقوبة لاتتماشى مع العدل او لاتفيد المجتمع في رأيه . لذلك لاتبقى فائدة في تعقيب الجاني ومطاردته بسبب فعل من الافعال المباحة ، او فرض عقوبة على الجاني اشد من العقوبة الجديدة .

ويلاحظ ان القانون الجنائي الجديد يعتبر أصلح للمتهم اذا اباح الفعل بعد ان كان معاقبا عليه او اذا قرر عقوبة جديدة اخف من العقوبة القديمة.

جـ ــ النظام العـــام :

يسري التشريع الجديد على الماضي اذا كان متعلقا بالنظام العام والآداب ولولم يتضمن نصاً صريحاً يقضي بذلك .

فمثلا اذا صدر قانون جديد يقضي برفع سن الرشد من ثماني عشرة سنة الى احدى وعشرين سنة فان القانون الجديد يسري مباشرة وعلى كل الاشخاص

(١) مالك دوهان الحسن ، المرجع السابق ، ص٤٣٦.

الذين لم يبلغوا هذه السن بل حتى على الذين بلغوا سن الرشد طبقا للقانون القديم .

فالحق المكتسب لايمنع سريان القانون الجديد لانه يتعلق بالنظام العام ، وفكرة النظام تحمل في ذاتها مصلحة عامة يحرص المشرع على تحقيقها بواسطة القانون الجديد ، خاصة وان حماية مصلحة المجموعة أهم من حماية حق مكتسب لاحد الافراد .

ومع ذلك يفهم من المادة ٦٤ من الدستور العراقي المؤقت ان القانون المتعلق بالنظام العام في العراق لايسرى على الماضي الا بنص صريح يقضي بذلك .(١)

د — القوانين التفسيرية :

القانون التفسيري هو القانون الذي يصدر لايضاح حكم تضمنه قانون سابق . وهو يصدر عندما تختلف المحاكم بشأن تفسير قاعدة قانونية فيه ، او عند غموض القانون ورغبة المشرع في ازالة هذا الغموض حتى قبل اختلاف المحاكم عليها .

فالقانون التفسيري لايتضمن احكاما جديدة ، بل يتضمن أحكاما مفسرة للقانون السائد ، فهو يعتبر جزءا مكملا ومتمما له . ولذلك كان من الطبيعي ان يعتبر نافذ المفعول لا من تاريخ نشره وانما من تاريخ سريان القانون السابق .

هـ — القوانين الشكلية :

القوانين الشكلية هي القوانين التي تتعلق بتشكيلات المحاكم واختصاصها وكيفية رفع الدعوى وأصول المرافعات فيها والاحكام التي تصدرها المحاكم وطرق الطعن فيها وكيفية تنفيذها .

وهذه القوانين هي قوانين شكلية لانها تهتم بسير الدعوى لابموضوعها . ولذلك يذهب بعض الشراح الى سريانها على الماضي حتى بالنسبة لاجراءات الدعاوى التي وقعت قبل نفاذها والتي لم يصدر حكم فيها بعد .

---

(١) مالك دوهان الحسن ، المرجع السابق ،ص٤٢٩.

ويلاحظ ان سريان القوانين الشكلية الجنائية على الماضي لايتعارض مع مبدأ (لاجريمة ولاعقاب الابنص) ، لان القوانين الشكلية الجنائية لاتنشئ الجرائم ولا العقوبـــــات .

ويذهب شراح آخرون الى ان القوانين الشكلية ليست من القوانين التي تسري على الماضي باثر رجعي وانما هي تسري بحكم اثرها المباشر (١) .

وفي العراق ، نظرا لحكم المادة ٦٤ من الدستور الموقت ، يجب لسريان القوانين الشكلية على الماضي وجود نص يقضي بذلك . (٢)

ثانياً — النظرية الحديثة (نظرية الاثر الفوري — المباشر — للقانون) :

أن النظرية التقليدية التي بحثناها في الفقرة السابقة ، تعرضت لانتقادات كثيرة ، بحجة انها غامضة لعدم تحديدها الحق المكتسب تحديدا دقيقا . كما انها لاتميز بين الحق المكتسب ومجرد الامل . علاوة على ذلك فان هذه النظرية تخلط بين الاثر الرجعي والاثر الفوري — المباشر — للقانون .

ولذلك ذهب انصار النظرية الحديثة الى وجوب التمييز بين الاثر الرجعي والاثر المباشر للقانون . فحسب هذه النظرية تطبق القوانين في الحال من وقت العمل بها ، لذلك يجب الامتناع عن العمل بالقوانين القديمة التي جاءت القوانين الحديثة تعديلا او الغاء لها .

فالقانون الجديد يطبق على المراكز القانونية التي يبدأ تكوينها بعد نفاذه ويطبق ايضا على عناصر التكوين او الانقضاء للمراكز القانونية التي بدأ تكوينها او انقضاؤها في ظل القانون القديم ، وكذلك يطبق على الآثار التي

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص٢٩٢. مالك دوهان الحسن ، المرجع السابق ، ص٤٤٠.

(٢) مالك دوهان الحسن المرجع السابق ص٤٤٠.

تترتب بعد نفاذ القانون الجديد على المراكز القانونية التي تكونت او بدأ تكوينها في ظل القانون القديم .

فمثلا لايستحق الموصى له الوصية الا بتحقيق عنصرين ، هما وصية صحيحة ووفاة الموصي . فاذا صدر بعد ابرام الوصية وقبل وفاة الموصي قانون جديد يعدل من القدر الذي تنفذ فيه الوصية في حق الورثة بغير اجازتهم كأن يجعله ربع التركة بعد ان كان الثلث ، فانه يسرى على الوصية في هذا الخصوص بما له من اثر مباشر . لان العنصر الذي يتوقف عليه استحقاق الوصية وهو وفاة الموصي قد وقع بعد نفاذ القانون الجديد .

اما اذا كان القانون الجديد يعدل من شروط ابرام الوصية ، كأن يتطلب شكلا معينا لابرامها لم يكن مطلوبا من قبل ، او يعدل من القواعد الخاصة بأهلية الايصاء . فلا يسرى القانون الجديد على الوصية في هذا الخصوص ، لان العنصر الذي يتعلق بوجود وصية صحيحة قد تم في ظل القانون القديم فيخضع له (١) .

ويلاحظ ان مبدأ الأثر الفوري (المباشر) للقانون ليس بالمبدأ المطلق ، حيث تستثنى منه المراكز العقدية التي تكونت في ظل القانون القديم ولا تزال جارية بعد نفاذ القانون الجديد ، اذ تخضع هذه المراكز للقانون القديم عملا بمبدأ سلطان الارادة . وهذا هو ما يسمى بمبدأ (امتداد حياة القانون القديم). ولكن يلاحظ بان مبدأ (امتداد حياة القانون القديم)يقتصر تطبيقه على حالة ما اذا كانت قواعد القانون الجديد قواعد مكملة لا آمرة تتعلق بالنظام العام . لان قواعد القانون الجديد هي التي تطبق بالنسبة للآثار المستقبلة لعقود قديمة اذا ما تعلقت هذه القواعد الجديدة بالنظام العام .

مثلا اذا فرضنا بان عقد بيع ابرم في ظل قانون يجعل نفقات العقد على المشتري ، ثم صدر قانون جديد يجعل هذه النفقات مناصفة على الطرفين

---

(٣) الصده ، المرجع السابق ،ص١٤٩و١٥٠

فان القانون القديم يظل بحكم العقد الذي ابرم في ظله لان هذه القاعدة القانونية الجديدة قاعدة مكملة ولا تتعلق بالنظام العام .

الا انه اذا ابرم عقد قرض بفائدة في ظل القانون المدني العراقي الذي يجعل الحد الاعلى لسعر الفائدة الاتفاقية ٧ ٪ ، ثم صدر قانون جديد يخفض الفائدة الاتفاقية الى ٦ ٪، فالفوائد التي تستحق عن المدة السابقة تخضع للقانون القديم وما يستحق منها بعد ذلك يخضع للقانون الجديد .

المطلب الثاني

«سريان القانون من حيث المكان والاشخاص »

اقليمية القوانين وشخصية القوانين

لاصعوبة في تحديد نطاق سريان القانون من حيث المكان في حالة عدم وجود اجانب في اقليم الدولة وعدم وجود احد مواطنيها خارج اقليمها، لان قانون الدولة يسري داخل اقليمها على العلاقات التي تنشأ بين رعاياها .

ولكن هذا التصور لاوجود له في الوقت الحاضر ، بسبب وجود اجانب في اقليم كل دولة ، الامر الذي يؤدي الى ظهور ونشوء علاقات بينهم وبين الدولة التي يقيمون على اقليمها ، او بينهم وبين الوطنيين ، وهذا يستلزم تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقات .

والملاحظ ان الدول تأخذ بمبدأين في هذا الصدد : (١)

المبدأ الاول :

هو مبدأ (اقليمية القوانين)، ويقوم على اساس وجوب تطبيق قانون الدولة على كل مايقع داخل حدود اقليمها، بحيث يسري على جميع الاشخاص القاطنين في اقليمها، وطنيين كانوا ام اجانب ، ولايطبق على مايقع خارج

Necip Bilge ,a.g.e . SF 140. (١)

حدود اقليمها ولو بالنسبة الى الوطنيين وذلك عملا بمبدأ احترام سيادة الدول الاخرى .

المبدأ الثاني :

هو مبدأ (شخصية القوانين) ويقوم على اساس تطبيق قانون الدولة على جميع الاشخاص المنتمين اليها حتى ولو كانوا خارج حدود اقليمها ، وعدم تطبيقه على الاجانب ولو كانوا مقيمين على اقليمها .

ويختلف مدى الاخذ بالمبدأين السابقين باختلاف الدول والعصور ، الا ان اغلب الدول الحديثة تعتبر مبدأ (اقليمية القوانين) هو الاصل ومبدأ (شخصية القوانين هو الاستثناء (١) .

فحسب ماهو مقرر في القوانين الحديثة الاصل ان يطبق القانون في حدود الدولة التي صدر منها على جميع الاشخاص ، سواء أكانوا وطنيين ام اجانب وعلى جميع مايوجد فيها من اموال .

الا ان هذا الاصل ترد عليه الاستثناءات التالية :—

١ — وجود نص يقضي بتطبيق القانون الاجنبي

فالقانون الاجنبي يطبق اذا وجد نص يقضي بذلك .

فمثل قواعد القانون الدولي الخاص ، في اغلب الدول ، تقضي بتطبيق القانون الاجنبي على مسائل الاحوال الشخصية للاجانب .

ويجدر الاشارة الى ان تطبيق القانون الاجنبي في الحالات اعلاه لايعني ان القانون الاجنبي يطبق لما له من سيادة وسلطان بل انما هو يطبق لان القانون الوطني يقضي بذلك .

---

(٢) الصدة ، المرجع السابق ،ص١٢٣.

ومثال النص المذكور هو (١) الفقرة الاولى من المادة ١٨ من القانون المدني العراقي التي تنص على ان :

١ – الأهلية يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته).
وكذلك المادة ١٩منه تنص علي انه (١ – يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج الى قانون كل من الزوجين اما من حيث الشكل فيعتبر صحيحاً الزواج ما بين اجنبيين او ما بين اجنبي وعراقي اذا عقد وفقا للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه ، او اذا روعيت فيه الاشكال التي قررها قانون كل من الزوجين .

٢ – ويسرى قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من اثر بالنسبة للمال .

٣ – ويسرى في الطلاق والتفريق او الانفصال قانون الزوج وقت الطلاق او وقت رفع الدعوى .

٤ – المسائل الخاصه بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الاباء والاولاد يسرى عليها قانون الاب .

٥ – في الأحوال المنصوص عليها في هذه المادة اذا كان احد الزوجين عراقيا وقت انعقاد الزواج يسري القانون العراقي وحده)

٢ – الامتيازات والحقوق العامة السياسية :

فحق التوظف في الوظائف العامة وحق الانتخاب وحق الترشيح للمجالس النيابية والبلدية وكذلك بعض الواجبات كواجب الخدمة العسكرية هي حقوق وواجبات تخص الوطنيين دون الاجانب . ولذلك فالقواعد القانونية التي تنظمها لاتطبق على جميع الاشخاص الموجودين على اقليم الدولة بل يقتصر تطبيقها على الوطنين دون الاجانب .

(١) كذلك المواد ٢١إلى ٢٩و٣٢ من القانون المدني العراقي .

٣ – الجرائم التي تمس المصالح الاساسية للدولة :

تحرص الدول على مصالحها الاساسية ولذلك تعمد الى اخضاع الجرائم التي تمس هذه المصالح لقوانينها ومحاكمها .

وقد نصت المادة الثانية من قانون العقوبات العراقي على ذلك بقولها :

(تسرى احكام هذا القانون على :

أ – كل من ارتكب في العراق جريمة تدخل في نطاق احكامه .

ب – كل عراقي يرتكب خارج العراق اية جريمة تدخل ضمن نطاق أحكام هذا القانون او ضد سلامة الجمهورية العراقية او عملتها او طوابعها او سنداتها المالية .

جـ – كل اجنبي يرتكب خارج العراق اية جريمة من الجرائم المنصوص عليها في الفقرة السابقة اذا القى القبض عليه في العراق).

٤ – رؤساء الدول واعضاء البعثات الدوبلوماسية :

حسب قواعد القانون الدولي العام يستثنى الدول واعضاء البعثات الدبلوماسية للدول الاجنبية من مبدأ اقليمية القوانين ، اذ لايسرى عليهم القانون الجنائي في الدول التي يقيمون فيها عند ارتكابهم اية جريمة تدخل في نطاق هذا القانون وذلك لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة للمجتمع الدولي والمجاملة الدولية .

٥ – استثناء بعض الاشخاص بموجب المعاهدات :

قد يستثنى بعض الاشخاص بموجب المعاهدات ، من مبدأ اقليمية القوانين بالنسبة للقوانين الجنائية عند ارتكابهم جريمة فوق اقليم دولة معينة بترخيص منها .

وقد يقتصر الاعفاء على الجرائم التي يرتكبونها اثناء قيامهم بواجباتهم الرسمية او اثناء وجودهم داخل المناطق المحددة لهم . وقد يشمل الاعفاء كافة الجرائم التي يرتكبونها على اقليم الدولة دون استثناء . (١)

(١) غالب الداودي مبادىء القانون .نظرية القانون ص ٨١– مطبوعة بالرونيو .الرياض / ١٨٧٠

الفرع الرابع

تفسير القانون Interpretation

تفسير القانون يعني التعرف على حقيقة الحكم الذي تتضمنه القاعدة القانونية استنادا الى الفاظ النص او فحواه . (١)

واضح مما جاء اعلاه ان التفسير لايرد الا على مصدر القاعدة القانونية الذي يأتي باللفظ والمعنى معا . ولذلك فهو لا يتناول الا النصوص التشريعية المكتوبة التي هي وحدها تتكون من لفظ ومعنى . اما بقية المصادر وخاصة غير المكتوبة منها كالعرف ، فانها ليست بحاجة الى التفسير لانه اذا اريد تطبيق القواعد العرفية وجب التحري عن وجودها ، والتحري عن وجودها يؤدي بطبيعة الحال الى الوقوف على معناها او التعرف على حقيقة الحكم الذي تتضمنه ولذلك لاتبقى حاجة للتفسير (٢).

ولكن هناك من يقول بان التفسير بمعناه الواسع يشمل ايضاح القاعدة القانونية الغامضة وتكملة نقصها وازالة التعارض بينها وبين غيرها من القواعد القانونية ولذلك لايقتصر التفسير على التشريع ، بل ينصرف الى بقية المصادر الاخرى كالعرف ومبادئ العدالة .

الا ان الملاحظ ان الفقه قد جرى على التفسير بمناسبة الكلام على التشريع بسبب من ان التشريع يعتبر في الوقت الحاضر المصدر الاساسي للقواعد القانونية .

ويلاحظ ان للتفسير انواعه وحالات ووسائله وطرقه ولذلك سنبحث تفسير القانون في اربعة مطالب : نخصص الاول منها لانواع التفسير ، والثاني لحالات التفسير والثالث لوسائل التفسير والرابع لطرق التفسير .

---

(١) تذهب محكمة التمييز التركية في قرارها الصادر في ١٩٥٥/٣/٩ إلى ان تفسير القانون كمايستندعلى لفظ القانونفهويستندوبنفس القدرعلى روح القانونايضاً.(Necip Belge, SF. 1156)

(٢) الصدة : المرجع السابق ، ص١٥٥.

المطلب الاول

انواع التفسير

لما كان تطبيق القانون من اختصاص القاضي ، لذلك فالاصل ان يقوم هو بتفسير القانون وهذا هو مايسمى بـ (التفسير القضائي) . الا ان عملية التفسير لاتقتصر على القضاء بل يتولاها رجال الفقه ايضا ، حيث يضعون من جانبهم تفسيرا فقهيا للقانون ، يسترشد به القضاء ، وهذا هو مايسمى بـ(التفسير الفقهـــــــــي) .

كما ان المشرع ، قد يجد ان مايذهب اليه القضاء او الفقه في تفسير القانون لايتفق مع ماقصده هو من النص محل التفسير ، فيدخل بنفسه في تفسير هذا النص بتشريع جديد . وهذا هو مايطلق عليه اسم (التفسير التشريعي)

ولما تقدم نبحث كلا من انواع التفسير الثلاثة اعلاه في مبحث خاص به ادناه .

١ – التفسير القضائي (Judicial Interpretation)

التفسير القضائي هو التفسير الذي تقوم به المحاكم عندما تحكم في الدعاوى التي ترفع اليها ، حيث يتعين من حكمها المعنى المقصود من نص القانـــــون .

فالمحاكم لاتقوم بتفسير القانون الا بمناسبة دعوى ترفع اليها . ولذلك لايسوغ للافراد اللجوء الى المحاكم لمجرد تفسير نص من النصوص ، فمثلا اذا وقعت مراجعة لمحكمة لبيان الرأي الصحيح بشأن نص قانوني مختلف عليه ، فليس لها تلبية الطلب لان المحاكم لاتقوم بالتفسير الا بمناسبة دعوى ترفع اليها .

واثر التفسير القضائي يقتصر على الدعوى التي صدر فيها الحكم ولا يلزم اتباعه قانونا في المستقبل في الدعاوي المماثلة ، ولذلك يحق للمحاكم ان تعدل

عنه والحكم بخلافه، ذلك لان المشرع في الغالب لايلزم المحاكم بالتقيد باحكأمها هي ولا بأحكام المحاكم الاخرى .

وقد تستقر احكام المحاكم في امر مختلف فيه على رأي يطرد اتباعه لا باعتباره رأيا ملزما لكافة المحاكم وانما بسبب الاعتقاد الذي ينشأ عند جمهور القضاة بصحة اسبابه وحالته . (١)

وعلى كل حال يلاحظ ان الاحكام القضائية التي تصدر في المنازعات التي تعرض على المحاكم ، من حيث اهميتها على نوعين :

احكام عادية :

لاتقر مبدأ جديدأ لانها تقع تحت نص صريح ، او لان الحل متفق عليه وسبق الحكم فيه واطردت الاحكام فيه، فلا يكون للحكم فيها قيمة ولا تنشر في مجاميع الاحكام .

أحكام مقررة :

تتضمن تقرير مبدأ قانوني جديد لاول مرة ، ولذلك تكون لهذا النوع من الاحكام قيمة غير عادية ويعنى بجمعه ونشره ودراسته لأ نه يقر او ينشيء مبادىء او قواعد قانونية جديدة :

وقيمة الاحكام المقررة كمبادىء جديدة كقيمة آراء الفقهاء . وقد تثبت عليها او ترجع عنها باحكام مقررة جديدة .

ويلاحظ ان القضاء يعتبر قادراً على خلق القواعد القانونية في بعض البلاد كانكلترا حيث تعتبر السوابق القضائية فيها مصدراً رسميا للقواعد القانونية

اما في العراق ، فالقضاء لايستطيع خلق القواعد القانونية لان التفسير القضائي عندنا لايعتبر ملزما سواء بالنسبة للمحكمة التي أصدرته ام بالنسبة للمحاكم الاخرى . ولكن يلاحظ ان المادة ٢١٥ من قانون المرافعات المدنية

(١) عبدالملك ياس ، المصدر السابق ، ص٢٣٢.

تقضي بوجوب اتباع قرارات المحكمة المختصة بالتمييز في القضية المحكوم بها في الاحوال التالية :

١ ــ اذا كان الحكم المميز صادراً من محكمة شرعية او محكمة بدائية في احكام معينية . (١)

٢ ــ اذا كان صادراً من محكمة استئناف او محكمة بدائية فيقتصر في اتباع قرار النقض على ماتضمنه القرار من اجراءات اصولية .

٣ ــ اذا كان قرار النقض صادراً من الهيئة العامة لمحكمة التميز .

٢ــ التفسير الفقهي : Juristic Interpretation

التفسير الفقهي هو التفسير الذي يقوم به رجال القانون في مؤلفاتهم وبحوثهم ومقالاتهم .

وهذا التفسير تفسير نظري لايتعلق بوقائع معينة ، لانه يقتصر على استخلاص حكم القانون مجردا من الظروف الواقعية . ولذلك كان الطابع العام للتفسير الفقهي هو الطابع النظري بخلاف الامر في التفسير القضائي الذي يكون الطابع العام فيه هو الطابع العملي .

لكن ما بيناه اعلاه لايعني ان الفقه والقضاء يعملان مستقلين لان التعاون بين الاثنين قائم ، كما ان التأثير متبادل بينهما . فالفقه رغم طابعه النظري ، يتأثر عادة بما تتجه اليه احكام المحاكم في فهم القانون وتفسيره و والقضاء رغم طابعه العملي يتأثر في تفسيره للقانون بأقوال وآراء الفقهاء التي كثيراً ما تعينه في ايجاد الحل المناسب للنزاع المعروض عليه ، بل قد يكون اثر الفقه على القضاء اكثر من ذلك عندما يضطر الاخير على التراجع عن قضاء

---

(١) الغيت محاكم الصلح بموجب المادة (٦٥) من قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ وبقيت القرارات الصادرة بموجب المادة ٣١ المعدلة في قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ خاضعة لنفس طرق الطعن المقرر لها قانوناً .

مستقر ثابت تحت تأثير الفقه . (١)

التفسير التشريعي Legislative Interpretaion

التفسير التشريعي كما بينا هو التفسير الذي يقوم به المشرع نفسه لبيان معنى الحكم الوارد في قانون سابق .

وكان هذا التفسير هو الوسيلة الوحيدة لتفسير كل نص غامض عند الرومان في العصور الوسطى ، اذ كان القاضي في حالة غموض النص يوقف الدعوى وكان الخصوم يلجأون الى المشرع لتحديد معنى النص وكانت هذه الوسيلة تسمى بطريقة الرجوع الى المشرع (٢) .

ولما كانت هذه الوسيلة للتفسير تفسح المجال لتدخل السلطة التنفيذية في اعمال السلطة القضائية ، وتجعل من المشرع قاضيا يحكم في نزاع معين، فقد نبذت وابطل العمل بها وأصبح التفسير بالنسبة لاية حادثة معينة من حق القضاء عملا بمبدأ الفصل بين السلطات . غير ان للسلطة التشريعية ان تصدر هي بنفسها قانونا يفسر الغموض الوارد في قانون آخر سابق .

ويعتبر هذا الطريق الوحيد لتفسير القانون تفسيراً تشريعياً علما تتبعه المحاكم في كل الدعاوي المماثلة .

والاصل ان التشريع التفسيري يصدر عن السلطة التي تملك حق اصدار التشريع من حيث الاساس ، ومع ذلك قد تنيط الجهة المختصة امر ذلك بجهة اخرى فمثلا تخول المادة الربعة والاربعون من قانون الاصلاح الزراعي رقم ١٧ لسنة ١٩٧٠ المجلس الزراعي الاعلى حق تفسير احكام هذا القانون حيث نصت على ان (المجلس يتولى تفسير هذا القانون وتعتبر قراراته في هذا الشأن تفسيراً تشريعياً ملزماً وتنشر هذه القرارات في الجريدة الرسمية) .

والتشريع التفسيرى يحدد المقصود بالقاعدة القانونية محل التفسير وذلك

---

(١) شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص٢٥٩

(٢) عبد الملك ياس ، المرجع السابق ، ص ٢٢٨، ٢٢٩.

برفع الغموض الذي يكتنفها وازالة الخلاف الحاصل بشأنها عند التطبيق .

وهو يتمتع بنفس الاثر الذى يتمتع به القانون محل التفسير ، اى ان القاعدة التفسيرية تصبح قاعدة عامة وملزمة شأنها في ذلك شأن القاعدة القانونية محل التفسير كما تعتبر امتداد لها وتعتبر نافذه من تاريخ نفاذها.

الا ان التشريع التفسيري قد يصبح وسيلة خطرة بيد المشرع بسبب سريانه على الماضي ، وذلك لعدم وجود حدود واضحة بين التشريع التفسيري وبين تعديل القانون تمكن من التمييز بينهما بسهولة .

فالمشرع قد يلجأ إلى التشريع التفسيري كلما كان بحاجة إلى تعديل القانون بأثر رجعي ، اذ من المعلوم ان المقرر هو عدم سريان القانون الجديد على الماضي ولغرض تأمين خلاف ذلك اى سريان القانون الجديد على الماضي قد يعمد المشرع إلى اعطاء تعديل القانون صيغة القانون التفسيري ليبرز تطبيقه على الماضي .

ولغرض ضمان مبدأ عدم رجعية القوانين من احتمال لجوء المشرع الى التحايل عليه عن طريق القوانين التفسيرية ، يقرر القضاء الفرنسي عدم رجعية القوانين التفسيرية ما لم ينص صراحة على سريانها بأثر رجعي (١) .

وعلى كل حال يجب ان يقتصر دور التشريع التفسيري على رفع الغموض او اكمال النقص او ازالة التناقض الموجود في النص محل التفسير ، فلا يجوز للمشرع ان يضيف الى القانون محل التفسير احكاما جديدة بحجة التفسير والا فلا تعتبر القواعد الجديدة قواعد مفسرة تسرى من تاريخ نفاذ القانون محل التفسير ، وانما تعتبر هذه القواعد الجديدة قواعد معدلة للقانون السابق تسرى من تاريخ نفاذها (٢) .

(١) نقلا عن مالك دوهان الحسن ، المرجع السابق ، ص٤٧١ .

(٢) غالب الداودي ، المرجع السابق ، ص ٤٥.

المطلب الثاني

حالات التفسير

حالات التفسير ثلاث هي :

١ ـ حالة وجود النص السليم .

٢ ـ حالة وجود النص المعيب .

٣ ـ حالة انعدام النص .

ولذلك سنبحث الحالات اعلاه كل في مبحث خاص به .

١ ـ حالة وجود النص السليم

على القاضي في حل النزاع المعروض امامه الرجوع اولا ومباشرة الى النصوص التشريعية ، فان وجد فيها نصا سليما خاليا من العيوب ، وجب به في حكم ذلك النزاع باستخلاص المعنى الذي ضمنه المشرع اياه ولا يسوغ للقاضي الخروج عليه بحجة ان الحكم يجافي العدالة لان عبارة النص واضحة ولا لبس فيها مما يدل على انها تعبر تعبيراً صادقاً عن ارادة المشرع فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق التفسير والتأويل ايا كان الباعث على ذلك لانه) (لامساغ للاجتهاد في مورد النص). (١)

واستخلاص معنى النص التشريعي اما ان يتم عن طريق عبارة وألفاظ واشارة واقتضاء النص ، او عن طريق دلالة مفهومة أي دلالة مفهوم الموافقة ودلالة مفهوم المخالفة .

أ ـ استخلاص المعنى من عبارة والفاظ واشارة واقتضاء النص

المراد باستخلاص معنى النص من دلالة عباراته والفاظه هو المعنى الذي يتبادر إلى الذهن من الصيغة ويكون هو المقصود من سياقها .

---

(١) غالب الداودي . المصدر السابق . ص٥٥

ويجب هنا عدم التقيد بالفاظ النص لفظا ،وانما يجب النظر إلى الالفاظ التي يتكون منها النص كوحدة متكاملة دون التقيد بلفظ دون آخر.

واذا كان للفظ معنيان احدهما لغوي والاخر اصطلاحي ، فالاصل ان المعنى الاصطلاحي هو المقصود الا اذا كان سياق النص يدل دلالة واضحة على ان المعنى اللغوي هو الذي اراده المشرع .

فمثلا لفظ (الزنا) يعنى في الاصطلاح القانوني العلاقة الجنسية غير المشروعة والتي تقع من شخص متزوج ، في حين ان المعنى اللغوي السائد لهذا اللفظ هو علاقة جنسية غير مشروعة بين رجل وامرأة سواء كانا متزوجين ام لا ، فاذا ورد في نص قانوني لفظ الزنا وجب صرفه إلى معناه الاصطلاحي طالما ان نية المشرع لم تنصرف إلى الاخذ بالمعنى اللغوي .

واذا كان اللفظ مشتركاً بين اكثر من معنى واحد ولم يكن بينهما معنى اصطلاحي فالمعنى المقصود يتحدد بالاهتداء الى حكمة التشريع .فمثلا يعتبر قانون العقوبات العراقي (الليل) ظرفا مشدداً للعقوبة في جريمة السرقة ولهذا اللفظ معنى لغوى يفيد فترة الظلام ومعنى فلكي يفيد الفترة ما بين غروب الشمس وشروقها ولترجيح احد المعنيين على الاخر يجب اخذ حكمة التشريع بنظر الاعتبار .ولما كانت حكمة التشريع في تشديد العقوبة هي ان ظلام الليل يسهل ارتكاب الجريمة وهروب السارق وبذر الخوف في نفس المجنى عليه صاحب المال فالمعنى المقصود من لفظ الليل هو ظلام الليل ولايدخل فيه فترة مابعد المغيب مباشرة وفترة الغسق لعدم وجود ظلام فيهما يساعد على ارتكاب الجريمة وهروب السارق .

والمقصود بالمعنى المستخلص من دلالة اشارة النص هو المعنى الذى لم يورده المشرع في النص وانما يعتبر ملازما للمعنى الحر في المتبادر الىالفهم من عبارة النص والفاظه .فمثلا كانت المواد من ١٥٥ الى١٥٧ من القانون المدني الاهلي المصرى القديم تتضمن احكام النفقات التي تجب بين الأصول والفروع وازواج هؤلاء واولئك ،ولم يظهر من عبارة تلك النصوص ما

اذا كانت المحاكم الوطنية تختص بنظر مسائل النفقات ام لا ، ولكن ورود هذه النصوص في هذه المجموعة المدنية كان يشير الى اختصاص المحاكم الوطنية بهذه المسائل ،لان المجموعة المدنية انما وضعت لتطبقها تلك المحاكم . وهكذا فالنصوص السابقة كانت تدل على اختصاص المحاكم المدنية بمسائل النفقات عن طريق الاشارة او التلازم .

ولكن اذا تعارض المعنى المستفاد من طريق الاشارة في احد النصوص مع المعنى المستفاد من طريق عبارة نص اخر ، وجب تغليب معنى العبارة على معنى الاشارة .

واستخلاص المعنى من دلالة الاقتضاء يعنى مايستفاد من دلالة الكلام على أمر مسكوت عنه يتوقف عليه صدق الكلام . ومثال ذلك قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير ...) . فالمعنى هنا لايستقيم الا بتقدير لفظ مناسب هو لفظ (أكل) .

ومثال ذلك ايضا ماجاء في المادة ٤٣٤ من القانون المدني المصري من انه (اذا وجد في المبيع عجز او زيادة ...) . فالمعنى المستفاد من النص اعلاه هو (اذا وجد في مقدار المبيع عجز او زيادة ...) .

ب- استخلاص المعنى من دلالة مفهوم النص (مفهوم الموافقة ومفهوم المخالفة)

وعلى القاضي في هذه الحالة ، ان يسعى لاستخلاص روح النص والكشف عن حقيقة مفهومه ويكون ذلك بالاستنتاج عن طريق (مفهوم الموافقة) او (مفهوم المخالفة) .

ولكن يجب الاشارة هنا إلى ان التفسير الواسع غير جائز بالنسبة للنصوص الواردة على خلاف الاصل العام لان القاعدة في هذا الصدد هي ما نصت عليه المادة الثالثة من القانون المدني العراقي والتي تقضي على ان (مايثبت على خلاف القياس فغيره لايقاس عليه). كما ان ذلك غير جائز بالنسبة للنصوص الجنائية لان المبدأ السائد في القانون الجنائي يقضي بان (لاجريمة ولاعقاب الا بنص) .

اولا : مفهوم الموافقة :

ويكون في حالة وجود نص تدل عبارته على وجوب تطبيقه على حالة خاصة ثم يتوسع في تطبيقه على كل حالة مساوية لها في العلة او تكون العلة فيها اكثر توافراً

فالقياس اما ان يكون عاديا او من باب اولى . فالقياس العادي هو الذى يقوم على مجرد اتفاق العلة .ومثال ذلك المادة ٤٦٣ من قانون العقوبات العراقي التي نصت على عدم معاقبة من يسرق اضراراً بزوجه او بأحد اصوله او فروعه الا بناء على شكوى من جانب المجنى عليه حفاظا على كيان الاسرة من التصدع .

فالنص اعلاه لم يتطرق الا للسرقة ،ولكن لما كانت العلة متوافرة في جريمتي النصب وخيانة الامانة فتقاس على حالة السرقة حالتا النصب وخيانة الامانة لاتحاد العلة .

اما في القياس من باب اولى :

فهناك حالة منصوص على حكمها وتوجد حالة اخرى غير منصوص على الحكم فيها مع ان علة الحكم فيها متوفرة اكثر من الحالة الاولى المنصوص عليها ولهذا يعطى حكم الحالة الاولى للحالة الثانية .

فمثلا كانت المادة ٢١٦ من قانون العقوبات البغدادي الملغى تنص على ان) كل من فاجأ زوجته او احدى محارمه في حال تلبسها بالزنا او وجودها في فراش واحد مع عشيقها وقتلها في الحال يعاقب بالحبس مدة لاتزيد عن ثلاث سنوات) .

فالنص اعلاه كان يجعل من جريمة القتل هذه (جنحة) لاتزيد عقوبتها عن ثلاث سنوات حبس بدلا من اعتبارها (جناية) معاقب عليهابالاعدام او بالاشغال الشاقة المؤبدة او المؤقتة ،ولم يكن يتطرق الى حالة احداث عاهة مستديمة في الجسم من جراء الضرب بدلا من القتل ،الا انه لماكانت علة تخفيض العقوبة

متوافرة وظاهرة في الحالة الثانية اكثر من الحالة الاولى ، فكانت تقاس حالة العاهة المستديمة التي لم يصرح بها النص على حالة القتل التي صرح بها النص ويعطى حكم الحالة الثانية للحالة الاولى غير المنصوص عليها من باب أولى.

ثانيا – مفهوم المخالفة :

الاستنتاج من مفهوم المخالفة يعنى اعطاء حالة غير منصوص عليها حكما يكون عكس الحكم في حالة منصوص عليها لاختلاف العلة في الحالتين ، او لان الحالة المنصوص عليها هي في الحقيقة جزئية من جزئيات الحالة غير المنصوص عليها وتخصيصها بحكم يعنى انها تنفرد به دون سائر الجزئيات الاخرى (١) .

فمثلا تنص المادة ٢٢٦ من القانون المدني العراقي على انه (يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي الا التي تنشأ عن غشه او عن الخطأ الجسيم) .

فالذي يفهم من النص أعلاه هو عدم جواز الاتفاق على اعفاء المدين من المسؤولية التي تترتب عن طريق غشه او خطئه الجسيم ، ويفهم من مفهوم المخالفة بحكم المادة المذكورة ان الجائز هو الاتفاق على اعفاء المدين من المسؤولية الناتجة عن الخطأ اليسير .

ومثال ذلك ايضا نص الفقرة الاولى من المادة السابعة من القانون المدنى العراقي الذي ينص على ان (من استعمل حقه استعمالا غير جائز وجب عليه الضمان) . فيستنتج من المخالفة لهذا النص ان من استعمل حقه استعمالا مشروعا لايكون مسؤولا عما ينشأ عن هذا الاستعمال من ضرر .

٢– حالة وجود النص المعيب :

يعتبر النص معيبا اذا وقع فيه خطأ مادي او معنوي ، او كان فيه غموض او نقص ، او كانت احكامه متعارضة فيما بينها او مع نصوص تشريعية اخرى.

---

(١) السنهوري وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، ص ٢١٠ .

ومثال الخطأ المادي مانصت عليه المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات المصرى القديم من انه (يعاقب بالحبس او بغرامة لاتتجاوز خمسين جنيها مصريا او باحدى هاتين العقوبتين كل من ....) .

فالظاهر ان المشرع أراد ان يقول (يعاقب بالحبس وبغرامة لاتتجاوز خمسين جنيها مصريا او باحدى هاتين العقوبتين كل من .....) .

مثال الخطأ المعنوى مانصت عليه المادة ٧١ من قانون العقوبات البغدادي الملغي من انه (لاتقام الدعوى على مجرم لم يبلغ من العمر سبع سنين كاملة). فمن لم يبلغ سن السابعة لاتترتب عليه اية مسؤولية ولذلك فهو غير مجرم وكان الاصح ان تقول المادة (لاتقام الدعوى على من لم يبلغ من العمر سبع سنين كاملة) .

ويتحقق الغموض :

في حالة تحمل اللفظ اكثر من معنى واحد اوعدم وضوح دلالـة اللفظ بان يكون فيها خفاء يحتاج الى تفسير . وعلى المفسر الاخذ بالمعنى الذى قصـده المشـــرع .

ومثال الغموض هو ما نصت عليه المادة ٢١٧ من القانون المدني العراقي من انه (اذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي لايد له فيه كآفة سماوية او حادث فجائي او قوة قاهـــرة ...) .

فهنا اضافة الى غموض لفظ الآفة السماوية فانــه يندمج في المدلولين، فهو في اسوأ الظروف حادث قهرى فجائي ان لم يكن قوة قاهـــــرة .

والنص يكون معيبا بسبب النص اذا اغفل المشرع ذكر شرط لازم لحكم القاعدة القانونية الواردة فيه .وفي هذه الحالة يجب على المفسر ان يكمل النص مستهديا في ذلك بقصد الشارع . فمثلا كانت المادة ٧٦ من القانون المدني المصرى القديم تشترط الحيازة والسبب الصحيح فقط للتقادم المكسب القصير دون ان تتطرق الى شرط حسن النية ،ولكن الفقه والقضاء

أكملا هذا النص واشترطا لتطبيق التقادم المكسب القصير هذا وجوب توافر حسن النية الى جانب الحيازة والسبب الصحيح .

اما التعارض فيتحقق اذا اصطدم نص في القانون مع نص آخر في نفس القانون او مع نص في قانون آخر .

وفي حالة التعارض على المفسر تغليب التشريع الاعلى على التشريع الادنى طبقا لمبدأ التدرج التشريعي .

واذا تساوت النصوص المتعارضة في المرتبة، وجب تغليب الحديث منها على القديم .

واذا لم يتيسر ترجيح احدهما على الاخر وجب تقديم المعنى المستفاد من اشارة النص على المعنى المستفاد من اشارته ،وتغليب المعنى المستفاد من اشارة النص على المعنى المستفاد من دلالته والا وجب تلمس الوسيلة لرفع التعارض والتوفيق بين النصوص عن طريق تقريبهما من بعضها او بأية وسيلة اخرى من وسائل التفسير .

واذا كان التعارض بين نص عام وآخر خاص ،وجب تغليب الخاص.

٣ ـ حالة انعدام النص :

واذا لم يجد القاضي قاعدة قانونية ، في التشريع او العرف اوفي مبادىء الشريعة الاسلامية تنطبق على القضية المرفوعة امامه، وجب عليه الاجتهاد طبقا لقواعد العدالة، لان المشرع فتح له باب الاجتهاد في هذه الحالة باحالته الى قواعد العدالة .

ويجب الاشارة الى ان القاضي يلتزم في المسائل الجنائية بالمبدأ العام القاضي بان (لاجريمة ولا عقاب الابنص)، والذى بموجبه لايمكن ان يحاكم شخص او يعاقب من اجل فعل او ترك الا بموجب نص في القانون يجعل منه جريمة ويفرض على مرتكبه العقاب .

الا ان التزام القاضي بالمبدأ اعلاه مقصور على النصوص الجنائية التي تبين الجرائم والعقوبات والتي يترتب على تفسيرها تفسيراً واسعا ضرراً

للمتهم . اما في الحالات التي يؤدى التفسير الواسع الى التخفيف على المتهم كما لو ادى الى الاعفاء من المسؤولية فلا بأس من تفسير النصوص الجنائية والاخذ في شأنها باسبأب الاجتهاد والاستنباط .

فمثلا لايجوز اقامة الدعوى على من يرتكب السرقة اضراراً بزوجه او اصوله او فروعه الا بناء على شكوى المجني عليه الذى له حق التنازل عن دعواه في اية مرحلة كانت من مراحل الدعوى ،كما له ان يوقف تنفيذ الحكم الصادر بقصد المحافظة على كيان الاسرة .وقد ذهبت محكمة النقض المصرية الى ان حكم الاعفاء هذا يمتد الى حالتي النصب وخيانة الامانة ايضا قياسا (١) .

المطلب الثالث

وسائل التفسير

وسائل التفسير هي الوسائل التي يهتدى بها المفسر لاستخلاص المعاني التي يدل عليها النص التشريعي بما يطابق القصد الحقيقي للمشرع وهي على نوعين: وسائل تفسير داخلية، ووسائل تفسير خارجية .

وفي أدناه نبحث كل نوع منهما في مبحث خاص بـه .

١ – وسائل التفسير الداخلية :

اهم طرق التفسير الداخلية هو الاستنساخ بطريق القياس او الاستنساخ من باب اولى والاستنساخ من مفهوم المخالفة وتقريب النصوص المتعلقة بموضوع واحد بعضها من بعض .

وحيث اننا بحثنا المقصود بهذه الطرق في الفقرات السابقة من هذا الكتاب فنكتفي هنا بالاحالة إلى مابيناه سابقاً (٢) .

(١) غالب الداودي ، المرجع السابق ، ص ٦٤.

(٢) تراجع الصفحة ١٦١ وما بعدها من هذا الكتاب .

٢ ـ وسائل التفسير الخارجية :

طرق التفسير الخارجية هي : الاعمال التحضيرية ، المصادر التاريخية، وحكمة التشريع .

أ ـ الاعمال التحضيرية :

الاعمال التحضيرية هي مجموعة الوثائق والمستندات التي تبين الخطوات التي مر بها التشريع عند وضعه ، وجميع الاعمال التي سبقت تشريع القانون كمشروع القانون والمناقشات التي جرت اثناء مناقشة والتصويت عليه في البرلمان والملاحظات التي أبدتها اللجان والهيئات المختلفة التي أسهمت في وضع التشريع .

وبامكان المفسر عند تفسير القانون الرجوع إلى هذه الوثائق والاعمال لانها تفيده في استخلاص النية الحقيقية والاهداف التي أراد المشرع تحقيقها بالقانون .

ب ـ المصادر التاريخية :

المصدر التاريخي هو المصدر الذى استقى منه المشرع نصوص التشريع .

وباستطاعة المفسر الاستفادة من الاصل الذى اقتبس منه التشريع في تفسيره. فاذا كان القانون مأخوذاً من قانون دولة اخرى ،فيكون الرجوع الى تفسير الفقه والقضاء لذلك القانون في تلك الدولة من العوامل المساعدة لمهمة المفسر في ايضاح المعنى المقصود بالنص .فمثلا ان طائفة كثيرة من نصوص القانون المدني المصرى مقتبسة من القانون الفرنسي ،ولذلك نجد ان الشراح في مصر يعتمدون كثيراً على اقوال الفقهاء واحكام القضاء في فرنسا لتبرير ما يذهبون اليه في فهم نصوص قانونهم المأخوذ من القانون الفرنسي.

ج ـ حكمة التشريع :

المقصود بحكمة التشريع هو الفكرة الاساسية التي دفعت المشرع الى القيام بسن هذا التشريع .

فبمعرفة هذه الفكرة يستطيع المفسر الاهتداء الى المعنى الحقيقي الـذى اراد المشرع التعبير عنه . فاذا كان المطلوب مثلا معرفة قصد المشرع من كلمة الليل الواردة في النص القانوني الذى يشدد العقاب في جريمة السـرقة المرتكبة اثناء الليل .فيجب الرجوع في مثل هذه الحالة الى الحكمة التي حملت المشرع الى سن ووضع النص المذكور .

والمقرر ،كما بينا ،ان حكمة تشديد عقوبة السارق ليلا هي مايسببـه الظلام من تشجيع وتسهيل للسارق في تمام الجريمة من جهة ،وبذر الخوف في نفس المجني عليه من جهة اخرى واستناداً الى حكمة التشريع هذه يذهب الشراح الى ان قصد الشارع من (الليل) هو (جنح الظلام) اما فتـرة الغروب فلا تحتسب ليلا لغرض تطبيق هذا الحكـــم.

الفرع الخامس

الغاء التشريع

الغاء التشريع يعني انهاء سريانه ووقف العمل به نهائياً وذلك بتجريده من القوة الملزمة له ، اما باصدار تشريع جديد محله، او بالاستغناء عن الموضوع الذى كان ينظمه ، اى بابطال مفعوله دون اصدار تشريع جديد محله .

والتشريع لايلغي الا بتشريع لاحق مثله او أعلى منه مرتبة .

والالغاء على نوعين : الاول هو الالغاء الصريح ، والثاني هو الالغاء الضمني .

وسنبحث آدناه كل نوع منهما في مطلب خاص به .

المطلب الاول

الالغاء الصريح

الالغاء الصريح هو الالغاء الذى يتقرر بنص صريح في قانون لاحق وهو يفهم من مجرد قراءة عبارة النص .

ومثال الالغاء الصريح هو الفقرات الاربع الأولى من المادة ١٣٨١ من القانون المدني العراقي التي تقرر صراحة الغاء القوانين المشار اليها فيها وذلك بقولها :

١ -من وقت نفاذ هذا القانون ، لايعمل بالنصوص التي تشتمل عليها مجلة الاحكام العدلية فيما عدا الكتاب الرابع عشر في الدعوى والكتاب السادس في القضاء الا اذا تعارض نص من النصوص التي يشتمل عليها هذان الكتابان صراحة او دلالة مع أحكام هذا القانون .

٢ - وتلغى المواد ٦٤ المعدلة و٨٠و٨١و٨٢و٨٣و٨٩و٩٠و٩١و٩٦ والمواد من ١٠٦ الى ١١٢ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية والمواد من ١٣ الى ٢٢ من قانون المحاكم الصلحية .

٣ - ويلغى القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٣٦ الخاص بالفائدة القانونية، والقانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٤٣ الخاص بالضمانات وكيفية الحكم بها والمواد ١و٤ المعدلة و٥و٦ من قانون الاحوال الشخصية للاجانب رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

٤ - ويلغى قانون الاراضي ،وقانون التصرف في الاموال غير المنقولة، وقانون تقسيم الاموال غير المنقولة ،وقانون الانتقال ،وقانون وضع الأموال غير المنقولة توثيقا لدين ...) .

وقد يتحقق الالغاء الصريح بفوات المدة المحددة لسريانه .فمثلا نصت المادة السادسة من قانون تطهير الجهاز الحكومي رقم ٢ لسنة ١٩٥٨ على نفاذه لمدة ستة أشهر مع جواز تمديد هذه المدة ستة اشهر اخرى بقرار من مجلس الوزراء .

فهذا القانون يعتبر ملغيا صراحة بانتهاء مدته دون ان تمدد لفترة اخرى من مجلس الوزراء .

المطلب الثاني

الالغاء الضمنـي

الالغاء الضمني هو الالغاء الذى يستخلص اما من تعارض تشريع جديد مع تشريع سابق ،او من تنظيم المشرع من جديد لموضوع سبق ان نظمه بقـانون سـابق .

فاذا صدر تشريع جديد يتعارض مع تشريع سابق ، بحيث يتعذر التوفيق بينهما وكان الجديد لايتضمن نصا صريحا بالغاء التشريع السابق ، ففي هذه الحالة يعتبر التعارض القائم الغاء ضمنيا لحكم التشريع السابق لتعذر تطبيق الحكمين معـا في وقت واحـد .

والالغاء بسبب التعارض اما ان يكون الغاء كليا للتشريع السابق او الغاء جزئيا لبعض أحكامه .

فمثلا اذا كان التشريع الجديد يتعارض كليا مع التشريع السابق ولايمكن التوفيق بينهما ، اعتبر التشريع الجديد ملغيا للتشريع القديم كله ، وكان الالغاء كليا. اما اذا كان التعارض ينحصر بين بعض أحكام القانونين وتعذر التوفيق بين الاحكام المتعارضة ، كان التشريع الجديد ملغيا لاحكام القانون القديم التي تتعارض مع احكامه فقط .وسمى الالغـاء بـ(الالغاءالجزئي) ..

والاحكام اعلاه تطبق اذا كان التعارض بين قواعد تشريعية عامة او بين قـواعد تشريعيـة خاصـة.

اما اذا كان التشريع الجديد خاصا والقديم عاما ،فالتشريع الجديد الخاص لايلغي التشريع القديم العام وانما يعتبر استثناء عليه ، فمثلا ان المادة ٤٥ من قانون المدني المصري كانت تنص على انتقال الملكية بمجرد الاتفاق في العقار المنقول ، ثم صدر قانون التسجيل عام ١٩٢٣ ، وقانون الشهر العقارى عام ١٩٤٦ وبموجبهما اصبحت الملكية لاتنتقل في العقار الا بالتسجيل، وظل حكم القانون ساريا فيما يتعلق بغير العقار .

واذ كان التعارض بين تشريع قديم خاص وتشريع جديد عام ،فان الجديد العام لايلغي القديم الخاص ، وانما يعتبر مجرد استثناء عليه . فمثلا ان القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ كان ينظم ايجار المباني في مصر، ثم صدر القانون المدني الجديد عام ١٩٤٩ منظما لعقد الايجار عموما . فظل القانون الاول ،وهو قانون خاص ،ساريا كاستثناء من القانون الاخير الذى هو قانون عام بالنسبة للقانون الاول .

والالغاء الضمني قد يتحقق اذا عاد المشرع ونظم كل الموضوع الذى يتناوله قانون سابق بقانون جديد لايتضمن نصا صريحا يقضى بالغاء التشريع القديم .

وخير مثال على ذلك هو قانون الشهر العقارى المصرى الصادر عام ١٩٤٦ ـ والذى ألغى ضمنا قانون التسجيل الصادر عام ١٩٢٣ رغم انه لم يتضمن نصا صريحا يقضي بذلك .

ويجدر ان نشير هنا الى ان عدم استعمال قاعدة قانونية لايعني الغاء هذه القاعدة مهما طال الزمن على عدم استعمالها مالم يتدخل المشرع ويلغيها صراحة او ضمنا على الوجه المبين أعلاه .

الفرع السادس

التقنين Codification

يلزم عند بحث التقنين التطرق الى امرين : الاول هو معنى التقنين ومزاياه وعيوبه ،والثاني هو حركة التقنين .لذلك سنبحث الامرين اعلاه كلا في مطلب خاص به .

المطلب الاول

معنى التقنين ، ومزاياه وعيوبه

١ – معنى التقنين :

التقنين يعني جمع القواعد القانونية الخاصة بفرع من فروع القانون بعد ترتيبها وتبويبها في مدونة واحدة تصدرها السلطة التشريعية في شكل قانون مكتوب (١) .

فالتقنين (Codification) إذن هو عبارة عن تجميع رسمي للقواعد القانونية التي تخص نوعا من فروع القانون .

ويترتب على ذلك ان تجميع القواعد القانونية التي تخص فرعا من فروع القانون لايعتبر تقنيناً الا اذا تم من الجهة الرسمية المختصة. اما التجميع الذي يقوم به الافراد والجماعات العلمية فيطلق عليها اسم (التقنين غير الرسمي). وهو ليس قواعد قانونية ملزمة لان الدولة لم تضف عليها الصفه التشريعية الرسمية . ومثال التقنينات غير الرسمية هو (مرشد الحيران) لقدرى باشا . وهو عبارة عن تجميع لاحكام الشريعة الاسلامية الخاصة بالمعاملات والاحوال الشخصية والوقف . كما ان هناك تقنينات غير رسمية صدرت في انكلترا سنشير اليها عندما نتناول حركة التقنين في الفقرة التالية .

ويختلف التقنين عن القانون في انه يتضمن مجموع القواعد التي تتعلق بفرع من فروع القانون كفرع القانون المدني وفرع القانون التجاري .

بينما يتضمن القانون القواعد التي تعالج موضوعا معينا بالذات كقانون تنظيم ايجار العقار وقانون ضريبة الدخل وغيرهما .

٢ – مزايا وعيوب التقنين :

آ – مزايا التقنين :

للتقنين اضافة لجميع مزايا القواعد التشريعية المزايا والفوائد التالية :

(١) في هذا المعنى راجع الوكيل ، المرجع السابق ص١٧١ وعبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق.

أولاً- سهولة التعرف على القواعد القانونية :

التقنين ، كما يبدو مما اسلفنا يساعد الى حد كبير على التعرف بسهولة ويسر على القواعد القانونية وتحديد القاعدة المطلوب تطبيقها على النزاع ،اذ يكفي فتح التقنين والاطلاع على الباب او الفصل او المبحث الذي يحتويها. فالمجموعة المدنية تبرز القواعد القانونية بشكل واضح ومبوب على شكل مواد متسلسلة ومنسقة حسب مقتضيات البحث العلمي (١) بخلاف الحال في نطاق القانون الاداري ، حيث يصعب الوقوف على القاعدة القانونية لان هذا القانون غير مقنن ، ولم تجمع قواعده في تقنين شامل (٢) .

ويكفينا ان نشير هنا الى ماذكره المشرع العراقي ضمن الاسباب الموجبة للقانون المدني العراقي في هذا الصدد من (...ان قواعد القانون المدني في العراق لاينتظمها عقد جامع وانما هي مبعثرة في مواطن متفرقة . فبعض الاحكام الكلية وقواعد العقود وضعت في المجلة ، وقواعد الملكية وغيرها من الحقوق العينية موزعة بين المجلة وقانون الاراضي ، وقواعد التأمينات قد انفرطت بين المجلة وعدد من التشريعات الخاصة . وابلغ من ذلك ان قواعد تعتبر من صميم القانون المدني كالقواعد الخاصة بالفوائد والتعويضات ودعاوي وضع اليد وحقوق الامتياز اقحمت اقحاماً على قواعد الاجراءات فانتشرت بين قانون اصول المحاكمات الحقوقية وقانون الاجراء وقانون المحاكم الصلحية . هذا ولا تزال قواعد الوقف ومسائل الاحوال الشخصية تستقى من الفقه الاسلامي مباشرة .

وغني عن البيان ان تفريق قواعد القانون المدني على هذا الوجه يخل بما يجب ان يتوافر لهذه القواعد من اسباب الوحدة وينال مما ينبغي لها من تناسق وتواصل . ولا يقف اثر كل اولئك عند حد تحميل الباحث مشقة بالغة

(١) البزاز ، المرجع السابق ص ١٨٦ . الوكيل ، المرجع السابق ص ١٧٤.
(٢) الدكتور علي محمد بدير ، مذكرات في القانون الإداري ،١٩٦٧ ، ص٢٤ وما بعدها.

في تقصي القواعد القانونية في مظانها . ولكنه يجاوز ذلك الى تعقيد فقه هذه القواعد ذاتها واغلاق الكثير من نواحيها على نحو يضر باستقرار الحقوق والمعاملات ....) (١) .

ان اهمية التقنين هذه تزداد في المجتمعات التي يسودها المذهب الاشتراكي حيث تدعو الحاجة الى اصدار تشريعات كثيرة ومختلفة ، مما يؤدي الى صعوبة تحديد حكم القانون الواجب التطبيق على مايعرض من منازعات على القضاء ، او تحديد حكم القانون الذي يحكم مايبحثه الفقهاء من فروض. وكذلك الامر بالنسبة للافراد ، حيث يصعب عليهم معرفة القواعد القانونية التي تحكم نشاطهم وسلوكهم (٢) .

ثانياً — تحقيق التناسق ورفع التعارض بين القواعد القانونية :

التقنين يحقق التناسق بين احكام القانون ويرفع التعارض بينها ويمنع تكرارها لانه يتضمن ترتيب وتبويب القواعد القانونية الخاصة بفرع من فروع القانون بعد دراستها من حيث الشكل والموضوع ومقارنة المواد بعضها ببعض .

ثالثاً — يساعد على تحقيق الوحدة القانونية للبلد :

التقنين يحقق الوحدة القانونية للبلد كما حصل ذلك في فرنسا حيث كان لصدور تقنينات نابليون أثرها في توحيد القانون بعد ان كان يختلف فيها من اقليم الى اقليم اخر . بحيث كانت الاحكام العرفية تطبق في شمالها والقانون الروماني في جنوبها .

رابعا — التقنين وسيلة للاستفادة من القوانين الاجنبية :

يعتبر التقنين وسيلة للاستفادة من القوانين الاجنبية وذلك لانه يسهل اقتباس احكام شاملة من المجاميع القانونية الاجنبية مثال ذلك ان تركيا نقلت

(١) يراجع الاسباب الموجبة للقانون المدني العراقي .
(٢) الدكتور محمود جمال الدين زكي ، دروس في مقدمة الدراسات القانونية . ١٩٦٤ص ٩٤ .

القانون المدني السويسري نقلا حرفيا وأسبغت عليه صفة رسمية وجعلته قانونا مدنيا تركيا . كما اعتمدت مصر الى حد كبير في وضع قانونها المدني على القانون المدني الفرنسي .

ويلاحظ ان لاقتباس القانون الاجنبي جملة على الشكل المشار اليه اعلاه محاذيره لان القانون الاجنبي المقتبس قد لايتناسب مع طبيعة الظروف الاجتماعية للبلاد التي اقتبسته . ولذلك قد يبقى القانون المقتبس عنصراً غريبا أمداً طويلا وقد لايوفق المجتمع الى هضمه وتمثيله (١) .

ويلاحظ ان المحذور اعلاه قد تحقق في تركيا نتيجة لاقتباس الاخيرة القانون المدني السويسري حرفيا ودون اخذ الظروف الاجتماعية السائدة حينذاك فيها بنظر الاعتبار . فمثلا يعتبر القانون المدني المذكور عقود الزواج التي تبرم أمام جهات غير الجهة المختصة باطلة بطلانا مطلقا على نقيض ما كان قد استقر عليه الامر في تركيا حيث كانت الاحكام القانونية ، قبل اقتباس القانون المدني تسمح بعقد هذه العقود امام الجهات الدينية وتعتبرها صحيحة الامر الذي ادى الى صعوبة قبول الحكم الجديد بين اوساط المواطنين وخاصة القرويين منهم الذين كانوا يفضلون ابرام عقود زواجهم امام الجهات الدينية وقد تسبب هذا الوضع في اعتبار العقود التي ابرمت امام الجهات الدينية باطلة بطلانا مطلقا . ونظراً للنتائج الوخيمة التي حصلت نتيجة بطلان هذه العقود فقد اضطر المشرع التركي الى التدخل في فترات مختلفة باصدار تشريعات خاصة لاسباغ الصبغة الشرعية على هذه العقود .

ب— عيوب التقنين :

الى جانب المزايا التي يمتاز بها التقنين هناك عيوب تعيبه ووجهت له بسببها الانتقادات التالية : —

اولا — قيل بان التقنين يؤدي الى جمود القانون ويمنع تطوره فالملاحظ ان المجتمعات المختلفة تحرص كل الحرص على تقنيناتها وقد يبلغ هذا

(١) محمد كامل مرسي وسد مصطفى ، صول القوانين ، ص٢٨٨ .

الحرص الى حد تقديس التقنين . ومثل هذا الشعور قد يحول دون تطور القواعد القانونية (١) .

وقد تحقق المعذور المذكور بعد ان وضع جستنيان مجامعه حيث منع الفقهاء من شرحها والتعليق عليها . كما حصل ذلك في فرنسا بعد وضع قوانين نابليون ..

ثانياً — وانتقد التقنين أخيراً بحجة انه يتوخى دائما عدم التطويل ويراعي الاقتصاد في الألفاظ. كما انه يضع عادة التعاريف للمصطلحات القانونية التي يستعملها كالتدليس وحسن النية وسوء النية وغيرها رغم النتائج المهمة التي تترتب على هذه المصطلحات .

ولكن يرد على هذا الانتقاد بالقول ان عدم وضع المشرع للتعاريف والمصطلحات القانونية يرجع الى رغبة المشرع في ترك هذه المهمة للفقيه من جهة ولما يدرج عليه القضاء في التطبيق الفعلي مع الزمن من جهةاخرى (٢) .

المطلب الثاني

٢ — حركة التقنين فى مختلف الدول والعراق

عملية التقنين قديمة حيث ظهرت تقنينات في العصور القديمة كتقنين حمورابي الذي صدر عام ٢٠٠٠ قبل الميلاد . وقانون الالواح الاثنى عشر ومدونة جستينيان في العهد الروماني .

اما في العصور الحديثة فالمجموعة المدنية الفرنسية (مجموعة نابليون) الصادرة عام ١٨٠٤ تعتبر التقنين الاول الذي صدر في هذا الصدد ، ثم جمع قانون المرافعات المدنية عام ١٨٠٦ والقانون التجارى عام ١٨٠٧ وقانون تحقيق الجنايات عام ١٨٠٩ وقانون العقوبات عام ١٨١٠ .

---

(١) محمد كامل مرسي وسيد مصطفى ، اصول القوانين ص٢٨٨ .

(٢) نفس المصدر . ص٢٨٩

كما جمعت القوانين في البلاد الاخرى كالتقنين النمساوى الصادرعام ١٨١١ والتقنين الايطالي الصادر عام ١٨٦٥ والتقنيين الالماني الصادر عام ١٨٦٥ والتقنين العثماني (مجلة الاحكام العدلية) الصادر عام ١٨٦٩ وتقنين الالتزامات السويسري الصادر عام ١٩١٢ .

أما في انكلترا فلا تزال هذه البلاد خاضعة لما يسمى بالقانون العام (Common Law) اى مجموع قوانين شتى مبعثرة قد يصعب على القاضي معرفتها ومعرفة ما الغى منها. ولكن مع ذلك يلاحظ ان فكرة التجميع ظهرت عندهم ايضاً حيث ظهرت مجموعة قوانين منظمة مرتبة غير رسمية كمجموعة القانون الجنائي (Digest of Criminal Law) ومجموعة قانون الاثبات (Digest of Evidence Law) لاستيفن، وتنازع القوانين (Conflict of Laws) لدايس ، ومجموعة القانون المدني الانكليزى (Digest of English civil Law) لجنكس .

ان هذه المجاميع ليست بمجاميع رسمية لعدم صدورها من السلطة التشريعية الا انها ، مع ذلك ، تعتبر الخطوة الاولى نحو تجميع القوانين (١) .

كما يلاحظ وجود بعض قوانين مجمعة في انكلترا كقانون بيع البضائع وقانون الشركات (٢).

وبدأت حركة التقنين في الاسلام بتدوين القرآن الكريم في عهد الخليفة ابو بكر الصديق (رض) ثم دونت كتب السنة في القرن الثالث للهجرة . وكانت اول محاولة لتدوين القوانين الاسلامية في مدونة رسمية هي المحاولة التي بدأها ابو جعفر المنصور والرشيد . الا ان حركة التقنين توقفت عند هذا الحد إلى ان اصدرت الدولة العثمانية تقنينها المدني المعروف بـ(مجلة الاحكام العدلية) كما جمع المرحوم قدرى باشا في كتابه المعروف بـ(مرشد الحيران) احكام الشريعة الاسلامية في المعاملات والاحوال الشخصية والوقف.

Goadby, p. 157.(١)

Goadby, p. 157.(٢)

وفي العراق كانت القوانين العثمانية هي الواجبة التطبيق كمجلة الاحكام العدلية التي حكمت المعاملات حتى سنة ١٩٥٣، حيث اصبح القانون المدني العراقي الصادر عام ١٩٥١، نافذاً ، وقانون العقوبات العثماني الذى بقى معمولا به إلى ان الغى بموجب قانون العقوبات البغدادى الذى الغى بدوره بموجب قانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩. وكذلك ظل قانون التجارى العثماني معمولا به في العراق حتى صدر قانون التجارة العراقي عام ١٩٤٣ والذى الغى بدوره بموجب قانون التجارة الجديد الصادر عام ١٩٧١ .

المبحث الثاني
العــــرف
Custom

دراسة العرف تستلزم التطرق إلى الامور التالية التي سنبحث كلا منها في فرع خاص به .

١ ــ اركان العرف .

٢ ــ اساس القوة الملزمة للعرف .

٣ ــ مزايا وعيوب العرف .

٤ ــ مكانة العرف في التشريعات المختلفة .

الفرع الاول
أركان العــرف

للعرف معنى في اللغة واخر في الاصلاح القانوني . فالعرف من كل شي ظهره واعاليه فيقال عرف الرمل والجبل ومنه عرف الديك .

والعرف والعارفة والمعروف ضد النكرة وهو كل ماتعرفه النفس من الخير وتأنس به وتطمئن اليه . وعلى العموم فان هذه الكلمة تستعمل في العربية لكل ما ارتفع من المحسنات من المعاني (١) .

اما العرف في الاصطلاح القانوني فيعني مجموعة القواعد التي نشأت عن تكرار التزام الافراد بها في معاملاتهم مع غيرهم في حالات معينة بوصفها قواعد قانونية لها في اعتقاد الناس قوة الالزام كالنصوص التشريعية سواء بسواء . اي هي القواعد التي يدرج الناس على اتباعها في بيئة معينة ويسيرون حسب مقتضاها في معاملاتهم مع شعورهم بلزوم احترامها والخضوع لاحكامها .

---

(١) البزاز ، المرجع السابق ، ص١٠٩ .

فالعرف كما يبدو مما تقدم ينشأ من اعتياد واطراد الناس على سلوك معين مع الاعتقاد بلزومه قانونا . ولذلك يجب لتكون ونشوء يعرف توافر ركنين. الاول وهو الركن المادي . والثاني هو الركن المعنوي .

١ — الركن المادي :

الركن المادي للعرف هو اعتياد الناس على اتباع سلوك معين وهذا الاعتياد ينشأ في الغالب استجابة إلى غريزة التقليد والمحاكاة ، اذ يحدث عادة ان يبدأ شخص او مجموعة من الاشخاص باتباع سلوك معين في حل نزاع معين او مسألة معينة ويتكرر هذا السلوك على نسق واحد في المنازعات او المسائل المماثلة ، اما بدافع التقليد ، واما لصلاحية هذا السلوك لتنظيمها . فيترتب على ذلك ان يصبح اتباع هذا السلوك عادة يعتادها الناس لحل كل نزاع او مسألة مشابهة .

ويلزم لتحقيق الاعتياد الصالح لتكوين الركن المادي توافر الشروط التالية:
١ — ان يتوافر في الاعتياد صفة العموم والتجريد التي تتصف القواعد القانونية بها ، وذلك بان لايقتصر السلوك على شخص او اشخاص معينين بذاتهم وانما يتكرر هذا السلوك من اشخاص غير معينين بذواتهم لذلك فلا يكفي لتكوين ونشوء قاعدة عرفية ان يعتاد تاجر معين سلوكا معينا ، أو أن يعتاد موظف معين السير على نهج محدد (١) .

الا أنه لايشترط لتحقيق ذلك ان يشمل تطبيق السلوك هذا جميع اقاليم الدولة او جميع الناس ، لان هذه الصفة تتحقق ولو اقتصر الاعتياد على جزء من أقاليم الدولة كما كان الحال في فرنسا قبل قوانين نابليون . ويصح ان يقتصر الاعتياد في التطبيق على فئة من الاشخاص مادامت تتوجه إليهم بصفاتهم كالاعراف الخاصة بالتجارة مثلا . كما قد يقتصر الاعتياد على شخص واحد معين بصفته كرئيس الجمهورية أو رئيس الدولة متى اعتاد

---

(١) البزاز ، المرجع السابق ، ص١٠٩ .

على اصدار نوع معين من القرارات فتنشأ من اعتياده عادة قد تنقلب عرفا يخوله اصدار قرارات من هذا النوع . (١)

٢ ـ أن يكون الاعتياد قديما . والمقصود هنا بالقدم هو أن يكون الاعتياد على سلوك معين قد استمر وقتا من الزمن بحيث صار سلوكا مستقراً في الجماعة . وأختلف الرأي حول تحديد هذه المدة . فالبعض يذهب إلى اعتبار القواعد العرفية قديمة اذا لم يوجد من الاحياء من يتذكر وقت نشوئها، ويذهب اخرون إلى انها تعتبر قديمة اذا مرت عليها (١٠٠) عام ويكتفي آخرون بثلاثين عاما .

وتشترط بعض الدول كانكلترا لتحقق ذلك ان يكون الاعتياد على سلوك معين قد بدأ في تاريخ معين . ولكن يلاحظ ان هذا الشرط يؤدي في الغالب إلى تعذر اثبات ذلك .

والرأي الراجح يذهب إلى أن هذه المسألة من المسائل الموضوعية التي يجب ترك تقديرها لقاضي الموضوع .

فهذا الرأي لايشترط عادة تحديد تاريخ معين لبدء العمل بالسلوك الذي اكتسب صفة الاعتياد . بل يترك مسألة التأكد من تحقق قدم الاعتياد ام عدم قدمه إلى تقدير القاضي . فقاضي الموضوع هو الذي يقدر ما اذا كانوا الفترة الماضية على الاعتياد سلوك معين كافية لاستقرار القاعدة العرفية ام لا(٢).

٣ ـ ان يتوافر فيه الاطراد . اى ان يتوافر الناس ويعتادوا على اتباع السلوك بصورة متكررة ومنتظمة دون ان يتخللها فترات انقطاع او توقف . فلا يكفى القدم وانما ان يتأكد القدم بالاطراد . والعبرة في كل ذلك بغلبة اتباع العرف .

وكون القاعدة العرفية مطردة ومتبعة بصورة منتظمة يعتبر من المسائل الموضوعية التي يعود تقديرها لقاضي الموضوع .

---

(١) الوكيل ، المرجع السابق ،ص١٩٠ ، الصدة ، المرجع السابق ، ص١٢٧ .

(٢) الوكيل ، المرجع السابق ، ص١٩٠ ،البزاز ،المرجع السابق ، ص١٢٧ .

٤ – ان لايكون السلوك مخالفاً لنصوص التشريع لان العرف يعتبر مصدراً متمما وليس مصدراً اصليا للقانون ، لذلك يجب ان لايتعارض مع نص القانون .

٥ –ان لايكون السلوك مخالفاً للنظام العام والاداب في المجتمع فالعادة التي تتنافى مع الاسس الاجتماعية والاخلاقية التي تقوم عليها المصالح العليا للجماعة لاترتقى الى مرتبة العرف مهما طال عليها الامد . فعادة الوساطة في قضاء المصالح ، وعادة الاخذ بالثأر ، وعادة وأد البنات عند العرب في الجاهلية هي عادات قديمة راسخة في اذهان بعض الناس في مجتمعات معينة ولكن مع ذلك لايمكن ان يتولد منها عرف واجب الاحترام قانونا لتعارضها مع النظام العام والاداب .

فالعادة لايمكن ان تكون مخالفة لقواعد النظام العام والاداب الا اذا صيغت في نصوص تشريعية آمرة لانها بذلك تسهم في تحديد مفهوم النظام العام والاداب ما دامت قد تكونت في المجتمع بأسره .

٢ – الركن المعنوي :

اذا توافرت الشروط التي بيناها للاعتياد تحقق الركن المادي للعرف ، الا أن القاعدة العرفية لاتنشأ بمجرد تكون الركن المادي بل يجب إلى جانب ذلك ان يستقر الايمان والاعتقاد في نفوس الناس بان هذا الاعتياد قد صار ملزما . وهذا هو الذي يطلق عليه اسم (الركن المعنوي) .

فالمراد بالركن المعنوي هو توافر عنصر الالزام في المادة فلا يكفي لنشوء القاعدة العرفية مجرد توفر الركن المادي بل يلزم اضافة إلى ذلك تحقق الركن المعنوي اي استقرار الاعتقاد في نفوس الناس بأن هذا الاعتياد قد صار ملزما لهم وان مخالفته توجب توقيع جزاء على من يخالفه .

فالعرف لاينشأ مهما طال الزمن على اضطراد الناس على اتباعه ، الا اذا تحقق الركن المعنوي . فالاعتياد هذا لايتحول إلى عرف تنشأ عنه قواعد قانونية الا بتوافر الركن المعنوي . فاذا تخلف هذا الركن فانه ، اي الاعتياد،

يعتبر مجرد عادة توفر لها الركن المادي فقط دون الوجود المعنوي . فمثل عادة تقديم الهدايا في المناسبات السارة كالزواج والولادة لاتعتبر عرفا ملزما. بالرغم من اتباع الناس لهذه العادة وذلك لعدم توافر الركن المعنوي فيها . لان الناس عندما يقدمون الهدايا فهم يقدمونها لمجرد المجاملة دون ان يشعروا بأنهم ملزمون قانونا بتقديمها .

الفرع الثاني

اساس القوة الملزمة للعـرف

كان للعرف أهمية كبيرة في العصور القديمة فقد كان يقوم مقام التشريع حيث كان يعتبر المصدر الاصلي الوحيد للقواعد القانونية. الا أن تقدم المدنية وتعقد وتشعب الحاجات البشرية وتزايد سلطان الدولة وتدخلها في مختلف جوانب الحياة ادى الى ظهور مصادر اخرى للقواعد القانونية الى جانب العرف ، كالتشريع والدين والقانون الطبيعي مما ادى الى انكماش دور العرف شيئاً فشيئاً حتى احتل التشريع الصدارة بين مصادر القواعد القانونية وتخلف العرف عنه في المرتبة في أغلب التشريعات .

ومع ذلك لايزال العرف يحتل مكاناً مرموقاً في بعض فروع القانون العام في التشريعات المذكورة كالقانون الاداري والقانون الدولي العام .

كما للعرف دور اساسي في القانون الدستوري في الدول ذات الدساتير غير المكتوبة ، بينما يتضاءل دوره في الدول ذات الدساتير المكتوبة :

ولكن العرف لايعتبر مصدراً للقانون الجنائي لان هذا القانون يخضع لمبدأ (لا جريمة ولا عقاب بدون نص) .

كما ان دور العرف قد تقلص في نطاق القانون الخاص خاصة بعد صدور القوانين المدنية . الا انه يلعب دوراً هاماً في نطاق القانون التجاري بسبب

قلة النصوص التشريعية التجارية وعدم كفاية الموجود منها لحل المعاملات التجارية التي تجرى في اشكال وصور متعددة . بحيث يتعذر على المشرع الاحاطة بها جميعاً و تنظيمها الامر الذي يدفعه الى ترك تنظيمها للعرف (١) .

ومع ما بيناه اعلاه نرى ان هناك شرائع مدنية اخرى تقرر المساواة بين العرف والتشريع في المنزلة كالشريعة الجرمانية . فالقانون المدني الالماني ينص في مادته الاولى على ان كلمة (Loi) تشمل القواعد العرفية والقواعد القانونية . بل يلاحظ ان العرف يحتل المرتبة الاولى بين مصادر القواعد القانونية في بعض الشرائع كالشريعة الانكليزية.

يتبين لنا مما ذكرنا سابقاً ان العرف يعتبر مصدراً للقواعد القانونية وانه يصبح ملزماً اذا توافرت فيه اركانه وشروطه ويصير له حكم القانون بحيث يعرض المخالف لأحكامه نفسه للعقاب .

ولكن ماهو اساس القوة الملزمة للعرف ؟ هناك ثلاث نظريات في تبرير اساس القوة الملزمة للعرف نبينها بايجاز ادناه :

١ - ارادة المشرع :

يذهب انصار هذه النظرية إلى ان اساس القوة الملزمة للعرف هو ارادة المشرع الصريحة او الضمنية . فالعرف يكون ملزماً بناء على رضا السلطة على تطبيقه . والمشرع قد ينص صراحة على تطبيق العرف كما لو احال نص تشريعي الحكم إلى الاعراف الجارية وقد يؤخذ بالعرف رغم عدم النص على وجوب اتباعة صراحة ولكن عملا بارادة المشرع الضمنية . ذلك لان سكوت المشرع حيال تطبيق العرف دون ان يعترض على اتباعه وهو قادر على ذلك لايمكن ان يفسر الا على أساس ان ارادته قد ارتضت تطبيقه وانصرفت ضمناً إلى اقراره .

ان هذه النظرية راجت في فرنسا في عهد الملكية المطلقة ، حيث كان شراح

(١) الدكتور مالك دوهان الحسن ، المرجع السابق ، ص٣٩٠

القانون يرون في الملك سلطانا مطلقاً لايجوز والحالة هذه ان توجد قواعد قانونية دون رضاه .

كما قال بهذه النظرية اصحاب مدرسة الشرح على المتون في فرنسا ايضاً في القرن التاسع عشر .

وانتقدت هذه النظرية بحجة انها تؤدي الى القول بان التشريع هو المصدر الوحيد للقواعد القانونية لان اية قاعدة قانونية لايمكن قبولها الا اذا وافق المشرع عليها صراحة أو ضمنا . وهذا يتعارض مع منطق التاريخ ، لان العرف كان يعتبر هو المصدر الوحيد في المجتمعات القديمة وهو أسبق في وجوده على وجود المشرع أو التشريع ، بل لايزال العرف يعتبر مصدراً رسميا للقانون في المجتمعات الحديثة حيث يأتي بعد التشريع في المرتبة بين مصادر القاعدة القانونية .

٢ ـ قضاء المحاكم :

حسب هذه النظرية يستمد العرف قوته الملزمة من قضاء المحاكم . فتدخل القضاء لازم لاكساب العرف تلك القوة . فقبل تدخل القضاء لايوجد الا مجرد عادة فدور القضاء في تكوين العرف كدور الصانع في صنع الاشياء من المواد الاولية التي توضع امامه مستعيناً في ذلك بادوات صنعته . وكما ان تدخل الصانع لازم لكي تستحيل المواد الاولية الى شيء مصنوع فان تدخل القاضي لازم لكي ينشيء من العادة عرفا ملزماً (١).

وانتقدت هذه النظرية ايضا بحجة ان الاخذ بها يؤدي الى القول بأن القاضي ليس ملزماً بتطبيق القواعد العرفية لكونها لاتصبح ملزمة الا بعد تطبيق المحاكم لها .

وهذه النتيجة تتعارض مع النصوص القانونية التي تقضي بالزام القاضي

---

(١) مالك دوهان الحسن ، المرجع السابق ص٣٩٤ .

بتطبيق القواعد العرفية اذا لم يوجد نص في التشريع يحكم النزاع كالمادة الاولى من القانون المدني العراقي ، والمادة الاولى من القانون المدني المصري والمادة الاولى من القانون المدني السوري .

٣ – الضرورات الاجتماعية :

يذهب أنصار هذه النظرية الى تأسيس القوة الملزمة للعرف على ضرورته الاجتماعية ورضاء الجماعة به ، فالقاعدة العرفية تلزم الافراد استناداً الى رضاء الكافة بها رضاء ضمنيا يدل عليه اتباعهم لها على نسق تواتر مدة طويلة من ناحية وعلى ضرورتها لتنظيم العلاقات الاجتماعية التي لم تنظمها القواعد التشريعية من ناحية اخرى .

ولم تسلم هذه النظرية من الانتقاد ، حيث قيل بانه اذا كانت هذه النظرية تصلح لتبرير اساس القوة الملزمة للعرف في عهد الرومان حيث كان الشعب نفسه هو الذي يصنع القواعد القانونية ، فانها لاتصلح اليوم لذلك لوجود السلطة التشريعية التي خولها الدستور صلاحية وضع هذه القواعد .

ويرد على هذا الانتقاد بان الشعب الذي خول السلطة التشريعية حق التشريع لم يخولها صلاحية وضع كل القواعد القانونية وانما احتفظ لنفسه بحق وضع القواعد الاخرى . كما ان التشريع عاجز عن سد كل حاجات الحياة الامر الذي يدفع المجتمع الى تنظيم علاقاته عن طريق القواعد العرفية التي يصنعها والتي تقوم بسد النقص الموجود في التشريع .

الفرع الثالث

مزايا وعيوب العرف

بجانب المزايا التي يمتاز بها العرف هناك بعض العيوب التي تعيبه .

١ – مزايا العـرف :

العرف ينشأ كما بينا في الجماعة نتيجة لما جرى الافراد على اتباعه من

قواعد في تنظيم علاقاتهم ومن هذه الحقيقة تتولد جميع مزاياه التي يمكن ايجازها على الوجه التالي :

آ- العرف يعبر أصدق تعبير عن ارادة ورغبات الجماعة ذلك لان الجماعة هي التي تخلقه باستمرارها ومثابرتها على متابعة سلوك معين . ويمكن القول في هذا الصدد ان العرف يتفوق على التشريع في هذا المجال ، لان التشريع قد يفرض من سلطة حاكمة مستبدة او هيئة تشريعية لاتمثل رأى الامة. كما ان المشرع قد يعمد الى تحدي ارادة الجماعة لذلك فالعرف يلقى القبول والاستحسان في التطبيق على خلاف الحال في القواعد التشريعية حيث يضيق بها الناس في بعض الاحوال خاصة اذا كانت مخالفة ومتعارضة مع العرف السائد بينهم .

ب- العرف يتمشى مع ظروف الجماعة ، لانه اذا تغيرت ظروف الجماعة وصار العرف لايلائم الظروف الجديدة فانه يتغير ولو ببطء تغييراً يتمشى مع الظروف الجديدة . وكل ذلك بخلاف الامر في التشريع الذي قد يتخلف عن مسيرة الظروف الجديدة في الجماعة خاصة اذا لم يتدخل المشرع في الوقت المناسب لتعديل وتغيير قواعده .

جـ- العرف يعتبر مصدراً مكملا للتشريع . لان التشريع يحتل المكانة الاولى بين مصادر القاعدة القانونية ويحتل العرف المكانة الثانية .

فالتشريع مهما بلغت قدرته لايستطيع الاحاطة بكافة الحلول اللازمة لمواجهة واقع الحياة . لان المشرع قد يغفل عن تنظيم بعض الامور وقد لايحيط بكل الحلول اللازمة لمواجهة الحاجات الاجتماعية .

كما ان المشرع قد يعجز عن تصور الحلول والفروض والاحكام اللازمة لمشاكل المستقبل الا في حدود قدرته البشرية التي تتأثر بمدى فهمه للماضي والحاضر ومقدار تصوره للمستقبل.لكل ذلك كان لابد من الرجوع الى العرف لسد النقص الذي قد يظهر في التشريع .

٢ ـ عيوب العرف :

بجانب مزايا العرف هنالك العيوب التالية التي تعيبه :

آ ـ القواعد العرفية لاتكون دائما واضحة الحدود ، اذ يصعب معرفة مضمونها على وجه الدقة وكثيراً مايثير تطبيقها الخلاف بين الافراد تبعاً لوجهة نظر كل واحد منهم مما يصعب معه تحقيق النظام والامن والاستقرار في المعاملات .

والسبب في ذلك يعود الى كيفية نشوء العرف. فالعرف، كما بينا لاينشأ فجأة وانما يتكون تدريجيا في الجماعة وهذا الامر قد يؤدي الى غموضه وصعوبة التأكد من وجوده وخاصة ركنه المعنوي الذي يتعلق بشعور الناس بان هذه القاعدة قد صارت ملزمة .

ولذلك فالتشريع يفضل على العرف في هذه الناحية . لان القاعدة التشريعية تخرج في شكل مكتوب يتوافر الوضوح والاستقرار اللذين لايتوافران للقاعدة العرفية .

ب ـ العرف يؤدي الى تعدد النظم القانونية في الجماعة الواحدة لان القواعد العرفية قد تكون محلية تختلف من اقليم الى آخر في الدولة الواحدة وهذا يؤدي الى تعدد النظم القانونية فيها ، الامر الذي يتعارض مع مصالح الدولة التي تسلتزم الوحدة القانونية في كل أراضيها .

ولذلك فالتشريع يفضل على العرف في هذه الناحية ايضاً ، لان التشريع يمتاز عليه بسريانه على جميع أجزاء الدولة . وهذا مما يحقق الوحدة القانونية والوحدة السياسية فيها .

جـ ـ العرف بطيء في تطوره ، صحيح ان العرف كما علمنا ، ينشأ في الجماعة ويتطور بتطورها الا انه قد يعجز عن مسايرة التطورات الاجتماعية، لأنه بطيء التطور بطبيعته ويحتاج استقراره وثباته في أذهان الناس الى وقت طويل .

ويترتب على ماتقدم انه اذا تطلبت ظروف الجماعة تنظيماً معينا ولم يكن لدينا للوصول الى هذا التنظيم الا طريق العرف وجب علينا الانتظار امداً طويلا لكي يستقر العرف في أذهان الجماعة وفي ضمائرهم ، وا ذا استقر العرف ثم تغيرت ظروف الجماعة بما يجعل العرف المستقر غير متجاوب معها وجب الخلاص منه بالتريث وقتا طويلا حتى ترسخ عادة جديدة تخالفه .

ولذلك نجد بان التشريع لا العرف يحتل مكان الصدارة في الجماعات التي تؤمن بالفكر الاشتراكي ، لان تطبيق هذا الفكر يستلزم مزيداً من السرعة والنشاط في انتاج القواعد القانونية وهذا لايتحقق الا باللجوء الى التشريع (١) .

---

(١) شمس الدين الوكيل : المرجع السابق ، ص١٩٠

المبحث الثالث

مبادىء الشريعة الاسلامية

Islamic law

تعتبر مبادئ الشريعة الاسلامية من المصادر الرسمية للقواعد القانونية الا ان دورها كمصدر للقانون يختلف باختلاف الموضوعات . ففي القطر العراقي ، قبل صدور قانون الاحوال الشخصية كانت قواعد الشريعة الاسلامية تعتبر مصدراً مباشراً للقواعد القانونية في مسائل الاحوال الشخصية ، حيث كانت مسائل الاحوال الشخصية للمسلم تخضع لاحكام الشريعة اما غير المسلم فكان يخضع لقواعد ديانته .

وبعد صدور قانون الاحوال الشخصية عام ١٩٥٩ اصبح المسلم يخضع في مسائل احواله الشخصية لاحكام هذا القانون التي استمدت من الشريعة الاسلامية وفي حالة عدم وجود نص في هذا القانون يخضع مباشرة لاحكام الشريعة .

اما العراقي غير المسلم فظل خاضعا في مسائل احواله الشخصية لقواعد ديانتـــــــــه .

اما في مجال الاحوال العينية (المعاملات) ، فحسب نص الفقرة الثانية من المادة الاولى من القانون المدني العراقي . تعتبر قواعد الشريعة الاسلامية مصدراً احتياطيا للقانون المدني وتلي العرف في المرتبة .

ويترتب على ذلك انه اذا عرض نزاع يتعلق بالمعاملات على القاضي العراقي فعليه اولا ان يتلمس حله في التشريع ، فان لم يجد فتش عن حل له في العرف فان لم يجد فيه حلا اتجه الى الشريعة الاسلامية لايجاد حل له.

وعلى القاضي عند رجوعه الى مبادئ الشريعة الاسلامية عدم التقيد بمذهب معين من المذاهب الاسلامية ، اي عليه الاخذ بمبادئ الشريعة الاكثر ملاءمة

لنصوص القانون المدني (المادة الاولى من القانون المدني العراقي) .

كما يجب الاشارة الى ان للشريعة الاسلامية تأثيراً واضحا في الكثير من القوانين الوضعية اذ يلاحظ ان الكثير من القواعد القانونية عندنا ومصر مستمدة من مبادئ الشريعة كالقواعد الخاصة بالاهلية والقواعد الخاصة بتصرفات المريض مرض الموت وقواعد الوقف ، وقواعد الشفعة وغيرها .

ومن الجدير بالذكر هنا هو ان مبادئ الشريعة الاسلامية تعتبر في الوقت الحاضر ، في بعض البلاد الاسلامية المصدر الاصلي والاساسي للانظمة القانونية الوضعية السائدة فيها كما هو الحال في المملكة العربية السعودية .

المبحث الرابع
قواعد العدالة
Equity

قبل ان نبين دور قواعد العدالة بين مصادر القانون ، يلزم تحديد معنى فكرة العدالة وبيان علاقتها بالقانون الطبيعي . لذلك نتناول الامرين السابقين في المطلبين التالين :

الفرع الاول
فكرة العدالة وعلاقتها بالقانون الطبيعي

العدالة فكرة غير واضحة ولامحدودة بل هي عبارة عن (شعور كامن في أعماق النفس يكشف عنه العقل السليم ويوحي به الضمير المستنير لايتاء كل ذي حق حقه) (١) .

كما تعرف قواعد العدالة بأنها هي (مجموعة القواعد القائمة الى جانب القانون المدني – القانون الوطني الوضعي – والمستندة الى أسس صريحة مستمدة من وحي العقل والقانون الطبيعي المستوحاة من فكرة العدل المطلق وترمي هذه القواعد – لما فيها من خصائص سامية – الى تعديل الاحكام القانونية وتوسيعها) (٢) .

واضح من التعريف اعلاه ان لفكرة قواعد العدالة ارتباطاً وثيقاً بفكرة القانون الطبيعي ، ولذلك تعتبرهما بعض التشريعات فكرتين متلازمتين كما هو الحال في التشريع المصري .

---

(١) الداودي –المرجع السابق– ص١٢٥ .

(٢) البزاز ، المرجع السابق ص١٢٩.

الفرع الثاني
دور قواعد العدالة كمصدر للقانون

تعتبر قواعد العدالة مصدراً رسميا احتياطياً ثالثا للقانون ، حيث تلي التشريع والعرف ومبادىء الشريعة الاسلامية في المرتبة (المادة الاولى من القانون المدني العراقي) .

ومفاد ذلك انه لايجوز للقاضي الرجوع الى قواعد العدالة الا اذا لم يجد الحل في التشريع أو العرف اومبادىء الشريعة الاسلامية . فاذا وجد حكم في أي من هذه المصادر وجب على القاضي ان يطبقه ولو كان مجافيا للعدالة . كما ان غموض نص تشريعي أو ابهامه لايسوغ للقاضي ان يعدل عنه الى قواعد العدالة ، بل ينبغي عليه ان يعمل على جلاء النص للوصول الى الحكم الذي يقدره عن طريق التفسير . (١)

والعلة في اعتبار قواعد العدالة مصدراً من مصادر القانون هي ان المصادر الرسمية للقانون (التشريع — والعرف —ومبادىء الشريعة الاسلامية) تقصر عن تزويد القاضي بالقواعد القانونية الواجبة التطبيق على المنازعات التي ترفع أمامه بسبب تعذر احاطة المشرع بكل الاحتمالات من ناحية وظهور صور ومعايير وقيم جديدة في المجتمع لم تكن في الحسبان وقت وضع التشريع من جهة أخرى .

ومن ناحية أخرى نجد بأن على القاضي واجب حسم المنازعات التي ترفع أمامه وعدم جواز امتناعه عن ذلك بحجة عدم وجود قاعدة قانونية يمكن تطبيقها والا اعتبر ممتنعاً عن احقاق الحق .

إزاء العوامل السابقة كان لابد من إتاحة وسيلة للقاضي للفصل في النزاع المعروض أمامه وكانت هذه الوسيلة باحالة القاضي الى قواعد العدالة . (٢)

---

(١) الصدة ، المرجع السابق ص١٠٨ وص١٠٩ .

(٢) الصدة ، المرجع السابق ، ص١٠٨، ١٠٩ .

ويلاحظ ان قواعد العدالة لاتمد القاضي بقاعدةعامة مجردة كما هو شأن التشريع أو العرف أو مبادىء الشريعة ، وانما هي تنطوي على اسس وتوجيهات عامة تحدد نشاطه الذهني في اختيارتلك الحلول بان يجتهد رأيه حتى يصل الى الفصل في النزاع المعروض أمامه وفق ماتقتضيه روح العدالة . وبذلك يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء .

الى جانب اعتبار قواعد العدالة مصدراً للتشريع ، قد يحيل التشريع على قواعد العدالة في نصوص أخرى كنص المادة ٨٦ من القانون المدني العراقي والذي ينص على انه (واذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم ، واذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فان المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولاحكام القانون والعرف والعدالة) .

وكذلك الفقرة الثانية من المادة ٩١٠ من القانون المدني العراقي التي تشترط لصحة الاتفاق الذي يبرم بين رب العمل والعامل بشأن عدم منافسة الاخير لرب العمل)الايؤثر هذا الاتفاق في مستقبل العامل من الناحية الاقتصادية تأثيراً ينافي العدالة .

ويلاحظ بأن القضاء المصري قد لجأ الى قواعد العدالة لاستنباط الحل في كثير من المسائل منها مسألة تحمل التبعة ، حيث حكم بالتعويض للعامل في حالة اصابته ولو لم يثبت عدم خطأه في حدوث الضرر وذلك استناداً الى قواعد العدالة . كما حكم بالزام من يعتدى على حقوق المؤلف والفنان و صاحب الاختراع عندما وجد نفسه أمام حالة انعدام النص . كما لو قامت جهة من الجهات بطبع كتاب دون موافقة المؤلف على ذلك .

الفصل الحادي عشر
المصادر غير الرسمية للقانون العراقي
«المصادر التفسيرية»
«الفقه والقضاء»

يراد بالمصدر التفسيري المرجع الذي يساعد على تجلية مافي القاعدة القانونية من غموض وتوضيح مافيها من ابهام . فهو يعتبر مصدراً للاستئناس يسترشد به القاضي للتعرف على حقيقة القواعد التي يستمدها من مصادرها الرسمية دون ان تكون لها قوة ملزمة .

والمصادر التفسيرية في التشريع العراقي اثنان هما الفقه والقضاء :

ويمثل الفقه الجانب النظري للقانون . اما القضاء فيمثل الجانب العملي منه . والعلاقة وثيقة بين الفقه والقضاء فكل منهما يكمل الاخر . القاضي يسترشد برأي الفقيه كما يستفيد الفقيه من تجارب القاضي فيتجه بفقهه الوجهة التي تتفق مع مقتضيات الحياة العملية (١) .

المبحث الاول
«الفقه» Juristic Opinions

الفقه كمصدر للقانون هو مجموعة الاراء التي يقول بها فقهاء القانون وهم في سبيل بيان احكام القانون وتفسير ماغمض من نصوصه .

ويختلف دور الفقه باختلاف الشرائع لذلك من المفيد بيان ذلك .

---

(١) الصدة ، المرجع السابق ، ص١١٣ .

الفرع الاول

دور الفقه في الشرائع القديمة

كان الفقه في اول عهود القانون الروماني قاصراً على الكهنة باعتباره السر الذي لايعلم به غيرهم . ثم تسربت اسس هذا العلم الى غيرهم ، خاصة بعد صدور قانون الالواح الاثنى عشر الذي تناوله الفقهاء بالبحث والشرح ، فقامت حركة فقهية واسعة عند الرومان حيث كان القاضي (البريتور) يستفتى فقهاء القانون فيما يعرض عليه من قضايا ويحكم طبقاً لما يفتى به هؤلاء الفقهاء .

وفي العصر العلمي منح بعض فقهاء القانون حق الفتوى الملزم ، وفي اوائل القرن الخامس الميلادي اعتبرت أراء خمسة من فقهاء القانون الروماني ملزمة للقضاء فيما يعرض عليه من منازعات ثم اعتمد جوستنيان على أراء هؤلاء الفقهاء في وضع مجموعاته القانونية وبذلك اصبح الفقه المصدر الرسمي الاساسي للقانون الروماني .

وكان للفقه اثره الواضح في توحيد وتطوير القانون الفرنسي القديم اذ عمل الفقهاء في فرنسا على نشر القانون الروماني في جميع اجزاء البلاد من جهة وتدوين عرف كل جهة ومقارنته بعرف غيره من الجهات من جهة اخرى ، الامر الذي ساعد على تقريب القواعد العرفية المطبقة في الشمال من قواعد القانون الروماني المطبقة في الجنوب . وهكذا اسهم الفقه في عملية توحيد القانون في جميع اجزاء فرنسا ومهد بذلك السبيل لاصدار مجموعة نابليون فيما بعد .

ولم يظهر للفقه دور يذكر في القانون الانكليزي ، لاعتماد هذا القانون اصلا على العادات السكسونية التي اضيفت اليها العادات النورماندية من جهة ، وعلى السوابق القضائية من جهة أخرى ، خاصة وان الانكليز لم يتأثروا بالقانون الروماني الا في حدود محدودة . كما لم يكن عندهم قانون

سماوى يصلح اساسا لحركة فقهية واسعة كما حصل بالنسبة للشريعة الاسلامية.

الفرع الثاني
دور الفقه في القوانين الحديثة

فقد الفقه قوته الملزمة في القانون الحديث، حيث لايعتبر الا مصدراً تفسيريا للقانون . فما يبديه الفقه من أراء ليست ملزمة وانما يستأنس بها القاضي والمشرع كمصدر تفسيري للقانون . وقد نصت على ذلك الفقرة الثالثة من المادة الاولى من القانون المدني العراقي بقولها (وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالاحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية) .

وللفقه فوائد اخرى في تفسير وتطوير القانون . فالفقه له اهمية في توجيه القضاء ، اذ يسترشد القضاء بأراء الفقهاء عند تطبيقه القانون ، الا انه لايلزم باتباع راى فقيه معين . كما ان الفقيه يعتبر رقيبا على القاضي ، لانه يعمد في بعض الحالات الى نقد الاحكام التي يصدرها في مؤلفاته او مقالاته ، وينبهه الى خطئه ويأخذ بيده الى طريق الصواب في تطبيق القواعد القانونية.

وللفقه أهمية في توجيه المشرع فهو ينبهه الى النواقص والعيوب التي قد توجد في التشريع وبذلك يستطيع المشرع تدارك هذه النواقص والعيوب بتعديل ذلك التشريع او الغائه وتشريع قانون جديد محله .

المبحث الثاني

«القضاء Judicial Decisions »

لكلمة القضاء معان مختلفة فقد يراد بها مجموعة الاحكام التي تصدرها المحاكم عند الفصل فيما يعرض عليها من قضايا ، فيقال حينذاك القضاء الجنائي ، والقضاء المدني ، والقضاء التجاري .. وهكذا .

وقد تطلق هذه الكلمة ويراد بها مجموع المحاكم الموجودة في دولة ما ، اي السلطة القضائية فيها .

وقد يراد بها استقرار أحكام المحاكم على اتجاه معين فيما تقضي به خاصة بالنسبة للامور التي لاتوجد فيها نصوص قانونية قاطعة وانما يكون حكم القانون فيها محل خلاف فتأتي المحاكم وتفصل في هذا الخلاف وتضع مبدأ قانونيا تسير عليه .

والمعنى الاخير هو الذي يهمنا ، لانه اذا استقر القضاء على مبدأ معين فهل يعتبر ذلك المبدأ مصدراً رسميا للقانون بحيث يتعين على الحاكم الاخذ به ام لا ؟ ..

الاجابة عن هذا السؤال تختلف باختلاف القوانين والعصور . لذلك نحاول الاجابة عنه ادناه في ظل مختلف القوانين والعصور .

الفرع الاول

دور القضاء في القوانين القديمة

كان القضاء يعتبر مصدراً رسمياً للقانون عند الرومان اذ كان البرتيور يعين لمدة سنة واحدة وعند بدء عمله كان يعد منشوراً يعلن للناس ،ويحدد فيه القواعد والاجراءات التي يسير عليها في قبول أية دعوى من الدعاوي والفصل فيها .

ومن مجموع هذه المنشورات القضائية تكون (المنشور الدائم) الذي استمر العمل به حتى تم تجميعه رسميا واطلق عليه اسم (القانون البريتورى) . ثم امتزج القانون الاخير مع القانون المدني الروماني في عهد جوستنيان وكونا قانونا واحداً هو القانون الروماني المعروف .

ومما تقدم يبدو لنا ان القانون البريتوري كان من خلق القضاة . ولكن بعد تجميع هذه المنشورات وتحولها الى القانون الاخير (القانون الروماني) اقتصرت مهمة القاضي على تطبيق القانون دون خلقه .

وفي فرنسا كانت لمحاكم البرلمانات سلطة وضع القواعد القانونية العامة ، الى ان منعت الثورة الفرنسية ذلك. كما نصت المادة الخامسة من مجموعة نابليون على منع القضاء من اصدار احكام ذات صفة عامة تنظيمية .

اما بالنسبة لانكلترا فيلاحظ بان القانون الانكليزي قام وتطور على اساس أحكام المحاكم ، وما زال للقضاء فيها دور رئيسي في خلق القواعد القانونية .

ففي انكلترا تأخذ المحاكم بالسوابق القضائية باعتبارها قانونا ملزما ، حيث يوجد على رأس المحاكم مجلس اللوردات الذي يعتبر الهيئة القضائية العليا وتأتي بعده محاكم الاستئناف ، ثم محاكم الدرجة الاولى ، ثم محاكم الدرجة الدنيا . ويعتبر قضاء مجلس اللوردات ملزما لسائر المحاكم في انكلترا بما فيها مجلس اللوردات ذاته . اى ان هذا القضاء يعتبر قانونا واجب التطبيق في القضايا المماثلة فلا يجوز العدول عنه الا بسن قانون .

ويكون قضاء محكمة الاستئناف ملزما لها وللمحاكم الاقل منها درجة ويجب تطبيقه في القضايا المماثلة . كما ان أحكام محاكم الدرجة الاولى تكون ملزمة لها وللمحاكم الدنيا . اما الاحكام التي تصدرها المحاكم الدنيا فلا تكون ملزمة.

الفرع الثاني

دور القضاء في القوانين الحديثة

اصبح القضاء في الوقت الحاضر وفي اغلب القوانين الحديثة مصدراً تفسيريا للقانون، كما هو الحال في البلاد اللاتينية كفرنسا وبلجيكا وايطاليا والبلاد الجرمانية كالمانيا والنمسا وهولندا وسويسرا .

فقوانين هذه البلاد لا تأخذ بالسابقة القضائية . لان وظيفة القضاء فيها تنحصر في تطبيق القانون لا خلقه. فلا يعد القضاء مصدراً رسميا للقانون وانما يعتبر مصدراً تفسيرياً يستأنس به. ولذلك لا تلتزم المحاكم بما سبق، وان اصدرته من احكام ولابما اصدرته المحاكم الاخرى ولو كانت اعلى منها درجة .

فمهمة القاضي في هذه البلاد تنحصر في تطبيق القانون على المنازعات التي ترفع اليه طبقاً لمبدأ الفصل بين السلطات. وهي عندما تصدر حكما في موضوع معين فإن هذا الحكم يكون ملزما لطرفي الخصومة فقط، ولا تلتزم به المحاكم الاخرى بل حتى المحكمة نفسها، في المستقبل بالنسبة للمنازعات المماثلة .

فدور القاضي يتحدد بتطبيق القانون على النزاع المعروض عليه واصدار حكم فيه بحيث لا يلزم هذا الحكم غير اطراف الخصومة. اي ان القضاء يعتبر مصدراً تفسيرياً للقانون لا مصدراً رسميا له .

ويعتبر المشرع العراقي القضاء مصدراً تفسيرياً للقانون وذلك في الفقرة الثالثة من المادة الاولى من القانون المدني العراقي .

الباب الخامس

انواع القواعد القانونية

هناك تقسيمات متعددة للقواعد القانونية وهذه التقسيمات هي كما يلي :

١ – من حيث نطاق تطبيقها :

تنقسم القواعد القانونية من حيث نطاق تطبيقها إلى قواعد داخلية يقتصر تطبيقها على نطاق الدولة، وقواعد دولية تنظم علاقات الدول بعضها ببعض.

٢ – من حيث وسيلة التعبير عنها :

وتنقسم القواعد القانونية من حيث التعبير عنها، (اي بحسبما اذا جاءت الينا في محرر يتضمنها ام لا) إلى قواعد مكتوبة وأخرى غير مكتوبة. والنوع الاول يشمل القواعد القانونية التي تصدرها السلطة التشريعية، اي هو التشريع (القانون بمعناه الخاص)، ويسمى بالقانون المكتوب. اما النوع الثاني فيشمل القواعد القانونية التي تستمد قوتها الملزمة من مصدر آخر غير التشريع كالعرف وقواعد القانون الطبيعي، وتسمى بالقانون غير المكتوب .

٣ – من حيث مضمونها :

وتنقسم القواعد القانونية من حيث مضمونها ، إلى قواعد موضوعية واخرى شكلية. والقواعد الموضوعية هي التي تحدد الحقوق والواجبات وتبين كيفية نشوئها ومباشرتها وزوالها كقواعد القانون المدني، وقواعد القانون التجاري وقواعد قانون العقوبات .

اما القواعد القانونية الشكلية فهي تلك القواعد التي تبين الاجراءات الواجب

اتباعها عند المطالبة بحماية الحقوق كقواعد قانون المرافعات المدنية وقواعد قانون اصول المحاكمات الجزائية .

٤ـ من حيث طبيعتها :

وتنقسم القواعد القانونية من حيث طبيعتها، إلى قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص .

٥ـ من حيث شروط تطبيقها :

وتنقسم القواعد القانونية من حيث شروط تطبيقها، إلى قواعد آمرة واخرى مكملة لارادة الافراد .

وحيث اننا سنشير إلى التقسيم الاول عند بحث تقسيم القانون إلى عام وخاص، واشرنا إلى التقسيم الثاني عند دراسة المصادر الرسمية للقاعدة القانونية، كما سنشير إلى التقسيم الثالث عند دراسة كل فرع من فروع القانون على انفراد. فاننا سنكتفي ادناه بالتقسيمين الاول والثالث، ونخصص فصلا خاصا لكل منهما .

الفصل الثاني عشر
قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص

ان موقف الفكر الفردي من تقسيم القانون الى قانون عام وقانون خاص يختلف عن موقف الفكر الاشتراكي من هذا التقسيم . كما ان لقانون اصلاح النظام القانوني في العراق موقفا خاصا في هذا الصدد . لذلك سنقسم هذا الفصل الى مبحثين نخصص اولهما لموقف الفكر الفردي من التقسيم ، وثانيهما لموقف الفكر الاشتراكي وقانون اصلاح النظام القانوني منه .

المبحث الاول
موقف الفكر الفردي من التقسيم

البحث في موقف الفكر الفردي من تقسيم القانون الى قانون خاص وقانون عام يتطلب منا التطرق الى الامرين التاليين اللذين سنخصص لكل منهما فرعا خاصا به :

١ – فكرة تقسيم القانون الى قانون عام وقانون خاص .

٢ – فروع القانون الخاص والقانون العام .

الفرع الاول
تقسيم القانون الى قانون عام وقانون خاص

١ – ظهور فكرة التقسيم وموقف الفكر الفردي منها :

يرد الفقهاء تاريخ نشوء فكرة تقسيم القانون الى قانون عام وقانون خاص الى القانون الروماني وذلك استناداً الى نصوص رومانية كالنص الذي ينسب الى الفقيه الروماني المعروف (اولبيان)الذي يقول فيه (ان القانون العام هو

الذي تسود فيه المصلحة العامة ، والقانون الخاص هو الذي تسود فيه المصلحة الخاصة للافراد) .

وكان الرومان يعتبرون القانون العام قانون الدولة والقانون الخاص قانون الافراد .

غير ان فكرة التقسيم هذه زالت مع زوال الدولة الرومانية وحلول الدول الصغيرة محلها . واهتمت هذه الدول بالمصالح الخاصة لملوكها وامرائها . مما أدى الى حلول القانون الملكي الذي كان نوعا من القانون الخاص ، محل القانون العام . (١)

ويجهل القانون الالماني القديم تقسيم القانون الى قانون عام وقانون خاص . فالجرمان كانوا يعتبرون القانون واحداً يتكفل بتنظيم جميع العلاقات دون تمييز بين علاقات الدولة وعلاقات الافراد . وكانت الوظائف والاعباء تنظم بنفس الطريقة التي كانت تنظم بها الحقوق المالية . فكانت تكتسب بوضع اليد والميراث وكان يجوز التصرف فيها ، بل كانت الدولة مندمجة في شخص الحاكم او كانت شيئا مملوكا له داخلا في نطاق ذمته المالية . وبذلك كان كل شيء قانونا خاصا . (٢)

والتقسيم المذكور غير معروف في القانون الانكليزي . فالقوانين النورماندية في فرنسا والتى انتقلت على يد غليوم المنتصر الى انكلترا . كانت تجهل التمييز بين القانون العام والقانون الخاص . كما ان القانون الانكليزي يجهل التفرقة بين القضاء الاداري وبين المحاكم العادية ، ومعلوم ان تفرقة كهذه انما تنجم عن تقسيم القانون الى قانون عام وقانون خاص .

ولم يكترث فقهاء القانون الفرنسي القديم بالتقسيم المذكور للقانون ، غير انهم كانوا يميزون بين القانون الطبيعي من جهة والقانون الوضعي من جهة اخرى.

---

(١) د. سمير تناغو ص٥٥٣،ص٥٥٤

(٢) د. عبدالحي حجازي نظرية القانون ، ص٢٦٤ .

الا ان الثورة الفرنسية أكدت سيادة القانون وخضوع الدولة في نشاطها وعلاقاتها مع الافراد لاحكام القانون . كما تم التمييز بين وضعين للدولة وهي تتصرف :

١ – وضع الدولة وهي تتصرف باعتبارها صاحبة السيادة فكانت تخضع في هذا الوضع لقواعد القانون العام التي يطبقها القضاء الاداري الذي انشأته الثورة الفرنسية لمنع المحاكم العادية من التدخل في اعمال الارادة . مما ادى الى نشوء اهم فرع من فروع القانون العام وهو (القانون الاداري) .

٢ – وضع الدولة وهي تتصرف باعتبارها فرداً ، وكانت تخضع في هذه الحالة ، لاحكام القانون الخاص

كما ان سيادة المذهب الفردي طوال القرن التاسع عشر ادت الى ازدهار مباديء القانون المدني ومنها (مبدأ سلطان الارادة) . فالسلطات العامة تقنع في ظل المذهب الفردي ، بدور (الدولة الحارسة) وتقتصر وظائفها على القيام بالمحافظة على الامن الخارجي والداخلي والقيام ببعض الاعمال الاخرى التي يعجز الافراد عن القيام بها . اما فيما عدا ذلك من مظاهر النشاط فيترك للافراد ممارسته في ظل قواعد المنافسة الحرة ومبدأ سلطان الارادة . وادى كل ذلك الى ظهور فكرة التمييز بين القانون الاداري الذي يحكم نشاط الدولة والذي يطبقه القضاء الاداري ، وبين القانون المدني الذي ينظم العلاقات الخاصة بين الافراد والذي يطبقه القضاء العادي .

واضح مما تقدم ان التقسيم التقليدي للقانون الى قانون عـــام وقانون خـــاص يتلائم مع العلاقـــات الاجتماعية التي كانت تسود المجتمع في ظل الفكر الفردي . فالعلاقات التي يقوم القانون بتنظيمها قد تقوم بين فرد وآخر ، او بين دولة واخرى ، او بين الدولة وبين احد الافراد . والدولة قد تدخل طرفا في العلاقة القانونية باعتبارها صاحبة السلطة والسيادة في المجتمع ، كما لو فرضت ضريبة معينة او قررت الدخول في حرب

مع دولة اخرى . وقد تدخل الدولة في العلاقة القانونية باعتبارها شخصاً عاديا تقوم بما يقوم به غيرها من الاشخاص من بيع وشراء وغيرها .

والقاعدة القانونية التي تحكم العلاقة التي تكون الدولة طرفا فيها باعتبارها صاحبة السيادة والسلطان تعتبر من قواعد القانون العام. اما القاعدة التي تحكم العلاقات التي تنشأ بين الافراد او بينهم وبين الدولة ولكن ليس بوصفها صاحبة السيادة والسلطان وانما بوصفها شخصا عاديا ، فهي قواعد القانون الخاص .

٢ – معايير التمييز بين القانون العام والقانون الخاص :

هناك معايير كثيرة للتميز بين القانون العام والقانون الخاص نقتصر على بحث اهمها ادناه :

آ – المعايير الموضوعية :

اولا: طبيعة المصلحة :

يذهب راى الى ان اساس التمييز بين القانون العام والقانون الخاص هو (طبيعة المصلحة) التي يتكفل كل منهما بحمايتها . فالقانون العام هو الذي يقوم بحماية المصالح العامة . والقانون الخاص هو الذي يقوم بحماية المصالح الخاصة .

وانتقد هذا المعيار بسبب ان قواعد القانون كافة ومنها قواعد القانون الخاص تستهدف دائما تحقيق المصلحة العامة . لان المصالح الخاصة التي تهدف الى تحقيقها قواعد القانون الخاص تعود بالنفع على المصلحة العامة كما ان هناك قواعد قانونية تهدف الى تحقيق المصالح العامة رغم انها تعتبر من قواعد القانون الخاص كالقواعد القانونية التي تنظم مسائل الزواج والاسرة والوصايا وغيرها .

ثانياً : الطبيعة المالية للمصلحة :

وذهب رأى آخر الى ان (الطبيعة المالية) للمصلحة التي يحميها القانون هي التي تفرق بين القانون العام والقانون الخاص . فالقانون الخاص ، عند اصحاب هذا الرأي ، هو القانون الذي يكفل حماية المصالح ذات الطبيعة المالية . في حين ان القانون العام هو القانون الذي يكفل حماية المصالح غير المالية .

وانتقد هذا المعيار كذلك بحجة ان بعض قواعد القانون الخاص تتكفل تنظيم وحماية مصالح غير مالية كحق الشخص في ان يكون له اسم وحقوق الاسرة . كما توجد قواعد من القانون العام تتكفل تنظيم مصالح ذات طبيعة مالية كالقواعد القانونية التي تحكم مسائل الضرائب وغيرها .

ب – المعيار الشكلي :

ويذهب رأى ثالث الى ان معيار التمييز بين القانون العام والقانون الخاص هو اختلاف (طبيعة قواعد) كل منهما . فقواعد القانون العام قواعد آمرة بينما قواعد القانون الخاص قواعد مكملة .

ولم يسلم هذا المعيار من الانتقاد اذ ان قواعد القانون الخاص ليست كلها قواعد مكملة ففيها قواعد آمرة لايجوز استبعادها باتفاق الافراد على خلافها . ومثالها القواعد التي تتعلق بالميراث والحقوق العينية . فهذه القواعد رغم انها من قواعد القانون الخاص الا انها قواعد آمرة لايجوز للافراد الاتفاق على خلافها .

جـ – المعايير الشخصية :

وتستند هذه المعايير على اشخاص العلاقة في كل من القانونين . فيذهب بعض من اخذوا بالمعايير الشخصية إلى القول بان القانون العام هو قانون الدولة والهيئات العامة الاخرى ، وان القانون الخاص هو قانون الاشخاص الطبيعية والمعنوية (الاعتبارية) .

وانتقد هذا الراى بحجة عدم امكان الأخذ به على اطلاقه لان الدولة والهيئات العامة الاخرى تأخذ باحكام القانون الخاص عند ممارستها نشاطا ماليـــــا .

وبسبب من هذا الانتقاد ذهب شراح اخرون الى القول ان (طبيعة الاشخاص) لاتعتبر وحدها معياراً صالحا للتمييز بين القانون العام والقانون الخاص وانما يجب ، اضافة الى ذلك ، اخذ (الصفة) التي تدخل بها الدولة طرفا في العلاقة بنظر الاعتبار . فاذا دخلت الدولة طرفا في علاقة باعتبارها صاحبة السيادة والسلطان فان القانون الذيبحكم هذه العلاقةهو القانون العام واذا دخلتطرفا في علاقة لا باعتبارها صاحبة السيادة والسلطان وانما باعتبارها شخصا عاديا فالقانون الذي يحكم هذه العلاقة هو القانون الخاص .

٣ ـ اهمية تقسيم القانون الى قانون عام وقانون خاص :

وللتمييز بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص أهمية نظرية وعملية . وتبدو هذه الاهمية في الامور التالية :

أ ـ قواعد القانون العام تهدف الى حماية النظام العام ولذلك كانت جميعها آمرة لايجوز للافراد الاتفاق على ما يخالفها .

اما قواعد القانون الخاص فانها تتعلق بمصالح الافراد الخاصة ، لذلك كان أغلبها قواعد مكملة يجوز للافراد الاتفاق على ما يخالفها .

ب ـ قواعد القانون العام تخول الهيئات العامة في الدولة صلاحيات لاتخولها قواعد القانون الخاص للافراد . فمثلا ان قواعد القانون العام تخول السلطات العامة صلاحية اتخاذ الوسائل القهرية في سبيل اداء وظيفتها ، كالتنفيذ بالطريق الاداري دون اللجوء الى القضاء ، والاستيلاء المؤقت ، ونزع الملكية . بينما لاتخول قواعد القانون الخاص للافراد مثل هذه الصلاحيات .

جـ ـ الاموال العامة المملوكة للدولة او الاشخاص الاعتبارية العامة هي المخصصة للنفع العام ويخصها القانون العام بأحكام تختلف عن تلك التي يتضمنها القانون

الخاص بالنسبة الى الاموال المملوكة للافراد . اما الاموال الخاصة ، فهي تلك التي تكون للافراد او الدولة باعتبارها شخصاً معنوياً عادياً .

فالنوع الثاني يكون لمالكه التصرف فيه بكافة التصرفات كالبيع والهبة والرهن . بينما لايجوز التصرف في النوع الاول ولا يجوز الحجز عليه او تملكه بالتقادم ولا تسرى عليه قاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية) (١) .

د- تخضع علاقة الدولة بموظفيها لقواعد تختلف عن القواعد التي تحكم علاقة رب العمل بعماله .

هـ- العقود الادارية التي تبرمها الادارة تخضع لقواعد قانونية تختلف عن تلك التي تخضع لها العقود في القانون الخاص . فالادارة مثلا لها الحق في الغاء العقود او تعديل شروطها اذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ، بينما لايجوز ذلك للمتعاقد في العقود التي تخضع لقواعد القانون الخاص .

و- للتمييز بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص أهمية كبيرة في الدولة التي يوجد فيها نوعان من القضاء ، حيث تختص المحاكم الادارية بالمنازعات المتعلقة بمسائل القانون العام ، والمحاكم العادية بمنازعات مسائل القانون الخاص .

ز- تفسير وتنفيذ روابط القانون الخاص يتم طبقا لما قصدته الارادة التي تبسط سلطانها في هذه الروابط . اما تفسير وتنفيذ روابط القانون العام فيجرى في ضوء الصالح العام وعلى النحو الذي تحتمه مصلحة الدولة .

---

(١) راجع في تفصيل ذلك كتابنا المعنون (شرح القانون المدني العراقي الحقوق العينية الاصلية ، ط١، ١٩٧٣ ، ص١٦ - ١٧).

الفرع الثاني

فروع القانون العام والقانون الخاص

المطلب الاول

فروع القانون العام

يذهب جمهور الفقهاء الى تقسيم القانون العام الى قسمين : قانون عام خارجي ويقصد به القانون الدولي العام ، وقانون عام داخلي ويقصد به الفروع الاخرى للقانون العام التى تدخل في نطاق القانون الداخلي .

ومع ذلك هناك من يذهب إلى تقسيم القانون تقسيماً أساسياً إلى قانون دولي وقانون داخلي، وتقسيم القانون الداخلي إلى عام وخاص .

وعلى كل حال سنبحث ادناه الفروع المختلفة للقانون العام:

١ ــ القانون الدولي العام:

أ ــ **موضوعاته** : يشمل القانون الدولي العام القواعد القانونية التي تنظم علاقات الدول بعضها ببعض في حالات السلم والحرب والحياد، وعلاقاتها بالمنظمات الدولية .

ومن ذلك يبدو ان هذا القانون يتناول الروابط الدولية التالية في أوقات السلم والحرب والحياد :

الاول ــ تنظيم الروابط الدولية وقت السلم والحرب والحياد .ففي وقت السلم تنظم قواعد القانون الدولي الامور التالية:

١ ــ تحديد اشخاص المجتمع الدولي مع بيان العناصر اللازمة لكي تكتسب الدولة الشخصية الدولية . وفي هذا الخصوص تقسم الدول إلى دول كاملة السيادة ودول ناقصة السيادة .

٢ ــ تنظيم حقوق الدول وواجباتها في علاقاتها بعضها ببعض .

٣ – تحديد طرق التمثيل الدبلوماسي والقنصلي بين الدول .

٤ – أحكام المعاهدات والاتفاقات التي تبرم بين الدول .

٥ – الوسائل التي يجب اتباعها لفض المنازعات بين الدول بالطرق الودية والسلمية كالمفاوضات والوساطة والتحكيم والقضاء الدولي .

٦ – احكام مسؤولية الدولة قبل الدول الاخرى .

وتسمى القواعد التي تحدد وتنظم المسائل اعلاه في مجموعها بـ (قانون السلم).

وفي وقت الحرب :

تنظم قواعد القانون الدولي العام علاقات الدول المتحاربة ، حيث تبين طريقة اعلان الحرب والاسلحة التي يسمح باستخدامها ، وكيفية معاملة الاسرى والجرحى والمعتقلين من المدنيين ، وطريقة المفاوضات اثناء الحرب ، ووسائل انهاء الحرب كالهدنة والصلح .

وتسمى هذه القواعد بـ (قانون الحرب) .

وفي وقت الحياد:

تنظم قواعد القانون الدولي علاقات الدول المتحاربة بالدول المحايدة ، فتبين حقوق وواجبات الدول المحايدة ازاء الدول المتحاربة وتسمى هذه القواعد (بقانون الحياد).

ثانيا – تنظيم المنظمات والهيئات الدولية :

ويتضمن القانون الدولي العام اضافة الى القواعد اعلاه ، قواعد اخرى تنظم المنظمات الدولية كهيئة الامم المتحدة ، والجمعية العامة للامم المتحدة ، ومجلس الامن ، ومجلس الوصاية ، والمجلس الاقتصادي والاجتماعي ، ومحكمة العدل الدولية ، وبنك الانشاء والتعمير ، والهيئة الصحية العالمية ، وهيئة اليونسكو ، وهيئة العمل الدولية ، وكذلك المنظمات الاقليمية كجامعة الدول العربية ومنظمة اتحاد غرب اوربا وغيرها .

وتسمى القواعد التي تنظم المنظمات المذكورة وتحدد الاجراءات التي عليها اتباعها في اداء وظيفتها بـ(قانون المنظمات الدولية).

ب- طبيعة القانون الدولي العام :

اختلف الفقهاء حول طبيعة قواعد القانون الدولي العام . فذهب بعض منهم (وعلى رأسهم اوستن وبنتام) الى انكار الصفة القانونية على هذه القواعد ، بحجة عدم وجود سلطة تشريعية كسلطة أعلى من الدولة تفرض عليها القواعد القانونية من جهة ، وعدم وجود سلطة عليا تتولى تطبيق هذه القواعد على غرار المحاكم المدنية والجزائية ، وتوقع الجزاء على من يخالفها

وذهب آخرون (وعلى رأسهم سافيني) الى اعبار قواعد القانون الدولي العام قواعد قانونية بالمعنى الصحيح وردوا على حجج اصحاب الرأى الاول على الوجه التالي :

١ - فيما يتعلق بالحجة الاولى قالوا ان انعدام سلطة تشريعية غير كاف لنفي الصفة القانونية عن قواعد القانون الدولي ، لان التشريع ليس بالمصدر الوحيد للقواعد القانونية . فلها الى جانب التشريع مصادر اخرى كالعرف والسوابق القضائية ومبادئ العدالة ، بل ان بعض النظم القانونية يعتبر العرف من اهم مصادر قانونه كالنظام الانكليزي .

٢ - ان انعدام سلطة كالقضاء لايؤثر على وجود القواعد القانونية ، لأن مهمة القاضي هي تطبيق القانون لاخلقه . كما ان القانون قد يطابق دون الرجوع الى القضاء . يضاف الى ذلك ان القانون الدولي العام عرف القضاء كأداة لتسوية المنازعات الدولية ، فقد انشأت محكمة التحكيم الدائمة في لاهاي عام ١٨٩٩ ، ومحكمة العدل الدولي الدائمة عام ١٩٢٠ ومحكمة العدل الدولية عام ١٩٤٥

ولكن يلاحظ ان هناك فرقا بين المحاكم الدولية والمحاكم الداخلية من حيث كيفية اللجوء اليها ، اذ ان اللجوء الى المحاكم الدولية لايتحقق الا باتفاق طرفي النزاع على التقاضي امامها ، بينما لاحاجة لمثل هذا الاتفاق للجوء الى المحاكم الداخلية .

كما يلاحظ ان قرارات محكمة العدل الدولية واجبة التنفيذ كأحكام المحاكم الداخلية . فالمادة ٩٤ من ميثاق الامم المتحدة توجب على كل عضو من أعضاء هيئة الامم المتحدة التعهد بان ينزل على حكم محكمة العدل الدولية في اية قضية يكون طرفا فيها . واذا امتنع احد المتقاضين عن القيام بما يفرضه عليه حكم صادر من المحكمة المذكورة ، فالطرف الاخر ان يلجأ الى مجلس الامن ، ولهذا المجلس ، ان يقدم توصياته او يصدر قراراً بالتدابير التي يجب اتخاذها لتنفيذ هذا الحكم ، اذا رأى ضرورة لذلك .

فالجزاء موجود في القانون الدولي العام . وهو قد يكون جزاءً سياسيا كالجزاء الذي يظهر بتعبير الدول او الرأى العام الدولي عن الاستياء والسخط على الدولة التي خالفت قواعد هذا القانون . وللجزاء السياسي صور مختلفة فقد يكون على شكل اللوم الرسمي او الاحتجاج الدبلوماسي او استدعاء البعثات الدبلوماسية او وقف او قطع العلاقات الدبلوماسية .

وقد يكون الجزاء اقتصاديا كفرض الحظر على الصادرات والواردات لدولة معينة ، وفرض الحصار الاقتصادي ضدها ، وتجميد وحجز اموالها في الخارج ، او ايقاف وقطع العلاقات الاقتصادية معها (٤١م من ميثاق الامم المتحدة) .

وقد يكون الجزاء جزاءً قانونيا ، كعدم الاعتراف بشرعية الاوضاع الاقليمية التي يتم تحقيقها باستخدام القوة والاغتصاب ، والتحلل من احكام المعاهدات بسبب اخلال احد اطرافها بالتزاماته ، وايقاف تنفيذ المعاهدات غير المستكملة للاجراءات اللازمة لنفاذها ، كامكان الدفع بعدم نفاذ المعاهدة

بسبب عدم تسجيلها في الامانة العامة للامم المتحدة وفقا للمادة ١٠٢ من ميثاق المنظمـــــة .

وأخيراً قد يكون الجزاء عسكرياً كالتدابير والاساليب العسكرية التي من شأنها اجبار الدولة على احترام القانون. فحسب المادة ٤٢ من ميثاق الامم المتحدة لمجلس الامن اذا رأى ان التدابير المنصوص عليها في المادة٤١ من ميثاق الامم المتحدة لا تفي بالغرض المنشود او انها لم تف به،ان يتخذ بطريقة القوات الجوية والبحرية والبرية التابعة لاعضاء الامم المتحدة من الاعمال ما يلزم لحفظ السلام والامن الدولي او لاعادته إلى نصابه .

وهذا الجزاء قد يتحقق بتوجيه حملة عسكرية ضد الدولة المخلة بالقانون كالحصار الذي اقيم ضد فنزويلا عام ١٩٠٢ من قبل كل من انكلترا والمانيا وايطاليا لارغامها على تسديد ديون ترتبت في ذمتها لرعايا هذه الدول. وقد يتخذ هذا الجزاء شكل الاحتلال العسكري لاقليم الدولة المخلة بالتزاماتها الدولية .

٢ ـ القانون الدستوري :

أ ـ موضوعاته :

يشمل القانون الدستوري القواعد التي تحدد نظام الحكم في الدولة، وتبين السلطات العامة فيها واختصاص كل منها وعلاقات بعضها ببعض، وتنص على ما للافراد من حقوق وحريات عامة وما عليهم من واجبات اساسية. فالقانون الدستوري ينظم الامور التالية:

اولا : يقرر شكل الدولة اي ما اذا كانت موحدة كما هو الحال في فرنسا، او متحدة كما هو الحال في سويسرا والولايات المتحدة الامريكية. وما اذا كانت جمهورية ام ملكية .

ثانيا : يبين السلطات العامة للدولة، وهي السلطة التشريعية ووظيفتها سن القوانين، والسلطة التنفيذية ومهمتها تنفيذ القوانين وادارة المرافق العامة، والسلطة القضائية ومهمتها تطبيق القانون على القضايا التي تعرض عليها .

كما يبين هذا القانون علاقة هذه السلطات بعضها ببعض وما اذا كانت مستقلة بعضها عن بعض ام ان لكل منها حق التدخل في نشاط السلطة الاخرى .

ثالثاً: وتبين قواعد القانون الدستوري اضافة إلى ما تقدم حريات الافراد وحقوقهم قبل الدولة وهذه الحريات والحقوق ترد إلى حقين جوهريين هما الحرية والمساواة. فالحرية تشمل الحرية الشخصية، وحرية التملك، وحرية المسكن، وحرية الدين، وحرية الرأي، وحرية الاجتماع، وحرية التعليم. اما المساواة فتتضمن المساواة في الحقوق والواجبات، اي في المزايا التي تخولها الدولة للأفراد والواجبات التي تفرضها عليهم كالمساواة في التوظف والخدمة العسكرية ودفع الضرائب. وقد نص الدستور العراقي المؤقت لسنة ١٩٧٠ في مادته ١٩ على مبدأ المساواة بين المواطنين وعلى تكافؤ الفرص (كما تلاحظ المواد ٢١، ٢٢، ٢٥، ٢٦، ٣١، ٣٢، ٣٥ من الدستور المؤقت) .

ب- انواع الدساتير :

تنقسم الدساتير من حيث طريقة تعديلها إلى دستور مرن ودستور جامد . والدستور المرن هو الذي يمكن تعديل احكامه بنفس الاجراءات اللازمة لتعديل القوانين العادية ومن دون حاجة إلى الالتجاء إلى الاجراءات الاستثنائية. ومثال هذه الدساتير الدستور الانكليزي .

اما الدستور الجامد فهو الذي يتطلب تعديله اجراءات خاصة ولا يكفي لذلك صدور قانون عادي بذلك .

ان الدستور المرن يمتاز بمسايرته لروح العصر ومجاراته للتطور، ولكن

يعاب عليه ان سهولة تعديله قد تجعله عرضه للتغيير والتعديل من قبل الاكثرية البرلمانية بحسب ما توحيه مصالحها .

ويمكن تقسيم الدساتير من حيث مصدرها إلى دساتير مكتوبة ودساتير عرفية .

الدساتير المكتوبة هي التي يضع المشرع احكامها في صورة وثيقة رسمية. واغلب دساتير الدول من هذا النوع .

اما الدساتير العرفية فهي تلك التي لا يتدخل المشرع في وضع احكامها ولا تصدر بها وثيقة رسمية، بل ان احكامها نشأت وتكونت عن طريق العرف والسوابق القضائية التي اكتسبت مع مرور الزمن قوة الالزام. والمثل التقليدي للدستور العرفي هو الدستور الانكليزي .

ويلاحظ ان تقسيم الدساتير إلى دساتير مكتوبة ودساتير عرفية قد فقد اهميته منذ اواخر القرن الثامن عشر، اذ اصبحت جميع الدساتير في الوقت الحاضر مدونة وتضاءلت اهمية العرف في هذا المجال، حيث احتل التشريع المرتبة الاولى بين مصادر القانون .

جـ ـ طريقة سن الدستور

تختلف الدساتير من حيث كيفية سنها، فهي اما ان تصدر في شكل:

اولا : منحة من الحاكم كالدستور الذي منحه لويس الثامن عشر للشعب الفرنسي عام ١٨١٤، والدستور الذي منحه هيلاسيلاسي للشعب الاثيوبي عام ١٩٣١.

ثانياً : تعاقد بين الشعب والحاكم كالعهد الأكبر (Magna Carta) الصادر في انكلترا عام ١٢١٥ والذي تم التعاقد عليه بين النبلاء ورجال الدين من جهة والملك من جهة اخرى . وكذلك الدستور الصادر في فرنسا بعد ثورة تموز عام ١٨٣٠ . والدستور اليوناني الصادر عام ١٨٤٤

ثالثا: بوضع الشعب دستوراً لنفسه . اما عن طريق جمعية تأسيسية ينتخبها لهذا الغرض كالدستور الصادر في الولايات المتحدة بعد استقلالها عن انكلترا عام ١٧٧٦ ، والدساتير الصادرة في فرنسا عام ١٨٤٨ و١٨٧٥ وبلجيكا عام ١٨٣١ . او عن طريق استفتاء على مشروع للدستور وضعته الحكومة كالدستور المصري الصادر عام ١٩٥٢ .

د – طبيعة القانون الدستوري :

اختلف الفقهاء حول طبيعة القانون الدستوري . فالبعض منهم ينكر الصفة القانونية على قواعد هذا القانون بحجة افتقارها الى الجزاء المادي بينما يذهب الرأي الراجح الى العكس اي الى اعتبارها قواعد قانونية بالمعنى الصحيح .

وحيث اننا تطرقنا الى هذا الموضوع عند بحث الخصيصة الرابعة للقواعد القانونية فاننا نحيل فيما يتعلق بحجج اصحاب الرأي الاول ورد اصحاب الرأي الثاني عليها الى مابيناه سابقا .

ولكن نضيف الى ماسبق بيانه القول بان الجزاء متوافر في قواعد القانون الدستوري ايضا وان كان هذا الجزاء يختلف عن جزاء القوانين الاخرى فالقانون الدستوري يقوم على اساس وجود ثلاث سلطات في الدولة ، لكل منها حق الرقابة على السلطات الاخرى . والجزاء الذي يكفل احترام قواعد هذا القانون يتكون من هذه الرقابة . فمثلا للسلطة التنفيذية حق حل المجلس التشريعي ، وللسلطة التشريعية اسقاط الحكومة التي تمثل السلطة التنفيذية بسحب الثقة عنها ، وللسلطة القضائية حق الرقابة على دستورية القوانين والامتناع عن تطبيق مايخالف الدستور منها كما ان للقضاء الرقابة على الاعمال الادارية للسلطة التنفيذية ، فله الغاء مايصدر منها مشوبا بعيب وان يعوض المتضرر من القرارات الفاسدة .

٣ ـ القانون الاداري :

أ ـ موضوعاته :

القانون الاداري هو القانون الذي يشمل القواعد القانونية التي تنظم نشاط السلطة التنفيذية في قيامها بوظيفتها الادارية (١).

فالسلطة التنفيذية تتولى نوعين من الاعمال : الاول هو اعمال السيادة كدعوة المجلس التشريعي للانعقاد . واعلان الحرب وابرام المعاهدات وهذا النوع يدخل في نطاق القانون الدستوري الذي تكلمنا عنه في الفقرة السابقة . اما النوع الثاني فيشمل الاعمال الادارية التي تتعلق بادارة المرافق العامة كمرافق الماء والكهرباء والخدمات الضرورية . وهذا النوع يدخل ضمن نطاق القانون الاداري الذي نحن بصدده الان .

وموضوعات القانون الاداري هي مايلي :

اولا: تحديد الاشخاص والهيئات التي تباشر الاعمال الادارية كرئيس الدولة والوزراء والمصالح والمجالس البلدية وتحديد طريقة تكوين هذه الهيئات واختصاص كل منها مع تنظيم العلاقات بينها .

ثانيا ـ تعيين المرافق العامة التي تقدم الخدمات الضرورية للجمهور مع تحديد الهيئات التي تتولاها وطريقة ادارتها واستغلالها .

ثالثا : بيان النظام القانوني الذي تخضع له الاموال العامة للدولة والاموال المملوكة لها ملكية خاصة .

رابعا : تنظيم علاقة الدولة بموظفيها من حيث التعيين والتأديب والفصل والاستقالة وغير ذلك .

(١) الصدة ، المرجع السابق ، ص٤١ .

خامسا : بيان الاعمال الادارية وشروط صحتها وطرق الرقابة عليها وخاصة الرقابة القضائية التي سنأتي عليها في الفقرة التالية .

ب- الرقابة القضائية على الاعمال الادارية :

تختلف الدول فيما بينها بشأن وسائل تحقيق الرقابة القضائية على الاعمال الأدارية . فبعض الدول ، تطبيقا لمبدأ فصل السلطات ،تمنع القضاء الاعتيادي من النظر في المقررات الإدارية ، أي انها تجعل الرقابة على الاعمالالادارية من اختصاص قضاء اداري ينشأ لهذا الغرض .

والقضاء الاداري قضاء خاص قائم على اسس معينة وله درجاته المتسلسلة وينتهي بمجلس الدولة، كما هو الحال في فرنسا التي تأخذ بنظام القضاء الأداري بصورة كاملة (١) . وقد اخذت مصر منذ سنة ١٩٤٦ بالقضاءالاداري حيث انشيء مجلس للدولة المصري الذي صار له الحق في الرقابة على الاعمال الأدارية ، فله النظر في اعمال الأدارة والغاء مقرراتها التي لاتستند إلى اساس قانوني .

اما القطر العراقي فيعتبر من الدول التي اخذت بنظام القضاء الموحد الذي لاتوجد فيه محاكم ادارية. فالمحاكم المدنية في العراق لها الولاية العامة للنظر في كافة المنازعات الأدارية وغير الأدارية (٢) .

وهذا المبدأ قد جاء في المادة٢٩ من قانون اصول المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ التي تنص على ان (تسرى ولاية المحاكم المدنية على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتختص بالفصل في كافة المنازعات الامااستثني منهابنص خاص). والمادة ٣ من قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ التي تقول (تسري ولاية القضاء على جميع الاشخاص

---

(١) البزاز المرجع السابق ، ص٢٥٢ .

(٢) الدكتور شاب توما منصور ، القانون الاداري، الجزء الاول ، ١٩٧٠ - ١٩٧١ ص٣٥.

الطبيعية والمعنوية العامة والخاصة الا ما استثنى منها بنص خاص).

بناء على ماتقدم فان القضاء العادي في القطر العراقي يختص بالفصل في المنازعات التي تقع بين الافراد والادارة .

وتعتبر المنازعات الناشئة بين مؤسسات الدولة والقطاع الاشتراكي من اختصاص المحاكم الأدارية. الا أنه ليس للقطاع الخاص الالتجاء إلى هذه المحاكم لعرض منازعاته مع السلطات الأدارية عليها بصورة مستقلة ، وانما له ذلك عن طريق الدخول مع اطراف الدعوى الأدارية. (م ٢و٦ قانون المحاكم الأدارية رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧) .

٤ــ القانون المالي :

وهذا القانون يعالج النشاط المالي للادارة، وهو يتضمن القواعد التي تنظم مالية الدولة من حيث ايرادتها ومصروفاتها. ويطلق على هذا القانون اسم (التشريع المالي او المالية العامة) ايضا .

فبالنسبة للايرادات يحدد القانون المالي المصادر المختلفة التي تحصل منها الدولة على الواردات الضرورية، وتبين طريقة تحصيلها .

والمصادر المعروفة للايرادات هي الضرائب على اختلاف انواعها. وما تتقاضاه الدولة مقابل الخدمات التي تقدمها بواسطة المرافق العامة، وما تحصل عليه من غلة اموالها المملوكة لها ملكية خاصة، والقروض الداخلية والخارجية التي تبرمها الدولة لسد العجز في ميزانيتها او لغرض استغلال مرفق من المرافق .

وبالنسبة للمصروفات تبين قواعد القانون المالي جهات الصرف وطريقة انفاق الايرادات والرقابة عليها .

فالمصروفات (النفقات) هي ما تصرفه الدولة على المرافق المختلفة التي تضطلع بها كالدفاع الوطني والامن والصحة والقضاء والتعليم وغيرها .

وكان القانون المالي يعتبر، إلى وقت قريب، جزء من القانون الاداري، لانه يتناول الناحية المالية لنشاط السلطة الادارية. الا انه استقل عنه مؤخراً وأصبح فرعا قائماً بذاته من فروع القانون العام .

٥ – القانون الجنائي (العقوبات واصول المحاكمات الجزائية) :

أ – موضوعاته :

يشمل القانون الجنائي نوعين من القواعد :

النوع الاول :

هو القواعد الموضوعية . وهذه القواعد هي تلك التي تحدد الافعال التي تعتبر جرائم ، والعقوبات المقررة لكل جريمة ، وكيفية انقضاء المسؤولية الجنائية . وتسمى بـ (قانون العقوبات) .

وقانون العقوبات ينقسم الى قسمين : عام وخاص . فالقسم العام يتضمن الاحكام العامة التي تسرى ، بوجه عام ، على الجريمة والمجرم والعقوبة فهو يبحث في الجريمة من حيث تحديد انواعها وبيان اركانها ، ويبحث في المجرم من حيث تحديد مسؤوليته والظروف التي تعفى او تخفض منها ويبحث في العقوبة من حيث انواعها وحالات تعددها واسباب انقضائها .

اما القسم الخاص فيتضمن الاحكام الخاصة بكل جريمة على حدة .

والنوع الثاني :

من القواعد الجنائية هو القواعد الشكلية . وهي تعنى بتنظيم القضاء الجنائي واختصاصه وتبين الاجراءات الواجب اتباعها لكشف الجريمة ، والقبض على المجرم والتحقيق معه ومحاكمته وتنفيذ العقوبة فيه . وتسمى هذه القواعد بـ (قانون الاجراءات الجنائية) ويطلق عليها في القطر العراقي اسم (قانون اصول المحاكمات الجزائية) .

ب – هل يعتبر القانون الجنائي من القانون العام ام الخاص ؟

اختلف الفقهاء حول ما اذا كانت قواعد القانون الجنائي من قواعد

القانون العام ام من قواعد القانون الخاص .

فالبعض منهم يذهب الى اعتبار قواعد القانون الجنائي من فروع القانون الخاص ، لان هذه القواعد هي قواعد آمرة ترسم طريق السلوك للافراد في المجتمع بالنهي عن ارتكاب الافعال غير المشروعة وتضع الجزاء المناسب لمن ينحرف عنها ويرتكب اية مخالفة جنائية . وهي بهذا الاعتبار عبارة عن قواعد تتجه بخطابها الى الافراد ومعظمها قواعد مقررة لحماية حقوقهم.

ويذهب اصحاب الرأي الراجح إلى اعتبار قواعد القانون الجنائي من قواعد القانون العام ، بداعي ان الجريمة لاترتكب بحق الفرد وانما في حق الجماعة كلها . فالجرائم تشكل على العموم عدوانا على المجتمع . ولذلك نجد بان مباشرة الدعوى العمومية ضد المجرم وتوقيع العقوبة عليه حق للمجتمع ينوب النائب العام (الادعاء العام) عنه في رفع هذه الدعوى والمطالبة بالعقاب . اضافة إلى ذلك لايملك الفرد المجنى عليه العفو عن الجاني بمجرد تنازله — باستثناء ما يتعلق بالجنح والمخالفات — فالجريمة تبقى وان اسقط المجنى عليه حقه الشخصي .

المطلب الثاني

فروع القانون الخاص

قواعد القانون الخاص ، هي القواعد القانونية التي تنظم الروابط والعلاقات التي لاتكون الدولة او الاشخاص المعنوية العامة الاخرى طرفا فيها باعتبارها صاحبة السيادة .

وفروع القانون الخاص هي : القانون المدني والقانون التجاري وقانون التجارة البحري وقانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون العمل والقانون الدولي الخاص .

ولذلك نتناول ادناه كل فرع على حده :

١ – القانون المدني :

أ – القانون المدني يعتبر الاصل العام بالنسبة لفروع القانون الخاص :

يشمل القانون المدني القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الاشخاص باستثناء تلك التي تنظم بموجب فرع آخر من فروع القانون الخاص .

ويعتبر القانون المدني أهم فروع القانون الخاص ، فهو يعتبر الأصل الذي تتفرع منه فروع القانون الخاص الاخرى . كالقانون التجاري وقانون المرافعات المدنية والقانون الدولي الخاص .

وتترتب على ذلك النتائج المهمة التالية :

اولا – ان القانون المدني يحتوي على المباديء الأساسية التي تسري على جميع فروع القانون . فمثلا يتضمن القانون المدني العراقي في الباب التمهيدي منه الكثير من المباديء والاسس العامة . فالفصل الأول منه يتضمن الأسس العامة الخاصة بتطبيق القانون . والفصل الثاني يتطرق إلى الاشخاص ، والفصل الثالث ينظم الأشياء والاموال والحقوق والاحكام الواردة في الفصول

الثلاثة تعتبر مبادىء أساسية لايقتصر سريانها على فروع القانون الخاص ، بل تتعداها إلى فروع القانون العام . .

ثانيا — القانون المدني باعتباره الاصل العام للقانون الخاص فانه قد يتناول بالتنظيم فرعا من فروع هذا القانون . فمثلا يتضمن القانون المدني العراقي قواعد تنازع القوانين من حيث الزمان والمكان وهي من قواعد القانون الدولي الخاص (١٠ — ٣٣ م مدني عراقي) .

ثالثا — اذا لم يوجد في فرع من فروع القانون الخاص حكم واجب التطبيق على الموضوع المعروض امام القاضي ، فيجب عليه الرجوع إلى القانون المدني وتطبيق الحكم الذي يقضي به الا اذا كان الحكم الوارد فيه يتعارض مع طبيعة القواعد التى يتضمنها هذا الفرع .

ب — موضوعاته :

تنظم القوانين المدنية نوعين من المسائل : اولهما مسائل الأحوال الشخصية. وثانيهما مسائل المعاملات المالية كالقانون المدني الفرنسي والقانون المدني السويسري والقانون المدني التركي .

ومسائل الأحوال الشخصية تشمل كل ما يتصل بتحديد ذاتية الشخص من الناحية القانونية ومختلف العناصر التى تميزه عن غيره والتى تسمى في مجموعها بـ (الحالة) . وكذلك تشمل مايتصل بالزواج والطلاق وواجبات الزوجين ، والنسب ، والعلاقة بين الاصول والفروع والاقارب ،والميراث والوصية وغيرها من الامور التى تتعلق بتوزيع التركة .

اما مسائل المعاملات المالية فتشمل كل ما يتصل بالمعاملات المالية بين الافراد كتحديد معنى المال وانواعهوبيان انواع الحقوق التي ترد عليها وطرق كسب هذه الحقوق وانتقالها وانقضائها .

وتسمى هذه العلاقات المالية بـ (الاحوال العينية) ايضا .

وتتميز قواعد الاحوال الشخصية من قواعد المعاملات (الاحوال العينية) النواحي التالية : —

اولا — مسائل الاحوال الشخصية ذات صبغة شخصية بحتة أو ذات صبغة شخصية ومالية ، كما هو الحال في مسائل توزيع التركة .

ثانياً — قواعد الاحوال الشخصية تعتبر من النظام العام لاتصالها بالاسرة وقد نصت على ذلك الفقرة ٢ من المادة ١٣٠ من القانون المدني العراقي بقولها . (ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الاحكام المتعلقة بالاحوال الشخصية كالاهلية والميراث والاحكام المتعلقة بالانتقال . والاجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية) .

أما قواعد المعاملات المالية فلا تعتبر ، فى الاصل من النظام العام . ولذلك فان اغلبها يكون من القواعد المفسرة أو المكملة التي يجوز الاتفاق على ما يخالفـــها .

ثالثاً — المنازعات الخاصة بمسائل الاحوال الشخصية من اختصاص محاكم الاحوال الشخصية . في حين ان المنازعات المتعلقة بالمعاملات المالية هي من اختصاص محاكم البداءة .

ج — **القانون المدني العراقي :**

يشمل القانون المدني العراقي ، في الاصل قواعد المعاملات . أما القواعد الخاصة بالاحوال الشخصية فتخضع القواعد الشريعة الاسلامية بالنسبة للمسلمين ولقواعد الاديان الاخرى بالنسبة لغير المسلمين .

ومع ذلك يتضمن القانون المدني العراقي بعض احكام الاحوال الشخصية كالمادة ٩٧ التى تحدد سن التمييز بسبع سنوات كاملة ، والمواد من ٩٧ إلى ١٠٥ التى تعالج موضوع الولاية على المال ، والمادة ١٠٦ التى تحدد سن الرشد بثماني عشرة سنة كاملة .

وكانت القواعد التى تطبق في هذا الصدد في العراق وحتى سنة ١٨٦٩ (١٢٩٣ هـ) هي قواعد الفقه الحنفي . وفي هذه السنة اصدرت الدولة العثمانية مجلة الاحكام العدلية التى اقتبست احكامها من الفقه الحنفي. وبقيت سارية المفعول في العراق حتى بعد انسلاخه من الدولة العثمانية .

وبالرغم مما لهذا القانون (المجلة) من الاهمية فانه يعاب عليه اقتصار احكامه على طائفة من المعاملات ، حيث لايتضمن احكاما خاصة بالالتزامات بوجه عام. ويعاب عليه ايضاً تضمنه احكاماً لاعلاقة لها بالقانون المدني كالاحكام الخاصة بتنظيم القضاء واصول المحاكمات المدنية . يضاف الى ذلك ان اغلب احكامه كانت تتصف بالاطالة والاسهاب وضرب الامثلة مما يجعل صياغتها أقرب الى لغة الفقه منها الى لغة القانون (١) .

وقد فكرت الحكومة العراقية جدياً في وضع قانون مدني جديد ينسجم مع الحياة الجديدة ، وجرت فعلا أول محاولة في هذا الصدد سنة ١٩٣٣ حيث شكلت لجنة لهذا الغرض . ولكن هذه اللجنة لم توفق في اعمالها . وفي سنة ١٩٣٦ الفت للغرض نفسه لجنة أخرى قررت في اجتماعها الاول اعتبار الشريعة الاسلامية الاساس للقانون الجديد بحيث لايصار الى القوانين الاجنبية الا فيما لم يوجد له حكم في الشريعة الاسلامية أو فيما وجد له حكم لايتماشى مع تطورنا الحديث (٢) .

وبعد ان وضعت اللجنة المذكورة سياستها التشريعية استمرت في اعمالها وتوصلت الى وضع مشروع في عقد البيع ، ثم توقفت اعمالها .

وفي سنة ١٩٤٣ عادت الحكومة والفت لجنة ثالثة للغرض نفسه دامت اعمالها ثلاث سنوات وتمكنت خلالها من تقديم مشروع للقانون المدني صادق مجلس الامة عليه سنة ١٩٥١ بعد اجراء بعض التعديلات فيه . الا ان القانون الجديد لم يدخل الى حيز التنفيذ من تاريخ المصادقة عليه ، بل أجل

(١) مالك دوهان الحسن ، المرجع السابق ، ص١٧١ .
(٢) يراجع في هذا الصدد الاسباب الموجبة للقانون المدني العراقي .

تنفيذه لمدة سنتين من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية . وحيث انه نشر في جريدة الوقائع العراقية بتاريخ ٨ أيلول سنة ١٩٥١ ، فقد اصبح واجب التطبيق بتاريخ ٨ أيلول ١٩٥٣ .

ويلاحظ ان هذا القانون وان كان يستند اساساً على المذهب الفردي .الا انه يتضمن بعض تطبيقات المذهب الإشتراكي وكما بينا ذلك سابقاً .

فالمادة ١٦٧منه تجيز تدخل المحكمة في عقود الاذعان لتعديل الشروط التعسفية أو اعفاء الطرف المذعن فيها ، رغم ان المذهب الفردي لايجيز ذلك لانه يعتبر العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز لذلك للقاضي ان يعدل من شروطه باعتبار ان تحديد شروط العقد من اختصاص الطرفين المتعاقدين تطبيقاً لمبدأ سلطان الارادة .

كما ان القانون المدني العراقي أخذ بنظرية الاستغلال التي لا تجيز لاحد المتعاقدين ان يستغل حاجة أو طيش أو عدم خبرة أو ضعف ادراك المتعاقد الاخر ، والا كان على القاضي التدخل لحماية الطرف المستغل لرفع الغبن عنه الى الحد المعقول أو ابطال العقد اذا كان التصرف تمليكا بلا عوض (١٢٥ م مدني) .

فحسب هذه النظرية ، اذا اصيب شخص بمرض مفاجئ ووصف له الطبيب علاجا معينا لايوجد الا في صيدلية معينة ، فطلب صاحب الصيدلية سعراً عاليا للعلاج مستغلا حاجة المريض ، وجب على المحكمة ، في حالة النزاع ان تبطل الالتزام بما زاد على السعر المعقول (١).

ولاشك في ان هذه النظرية تتعارض مع المذهب الفردي الذي يؤمن بمبدأ سلطان الارادة الذي يقضي بان تحديد شروط العقد ، ومنها تحديد الثمن ، هو من اختصاص الطرفين المتعاقدين .

كما يقر القانون المدني العراقي نظرية التعسف في استعمال الحق في المادة ٧ منه . وحسب هذه النظرية يعتبر صاحب الحق متعسفا اذا استعمل حقه

---

(١) مالك دوهان الحسن ، المرجع السابق ص١٧٤ .

استعمالا غير جائز . واستعمال الحق يكون غير جائز اذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير . او اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لاتتناسب مطلقا مع مايصيب الغير من ضرر بسببها ، او اذا كانت تلك المصالح غير مشروعة .

واخيراً نجد القانون المدني العراقي يأخذ بنظرية اخرى تتعارض مع المذهب الفردي وهي نظرية الظروف الطارئة وذلك في الفقرة ٢ من المادة ١٤٦ والتي تنص (٢ — على أنه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وان لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول اذا اقتضت العدالة . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك).

فحسب هذه النظرية للمحكمة ، بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، ان تقرر انقاص الالتزام التعاقدي إلى الحد المعقول اذا اقتضت العدالة هذا الأمر ، وذلك اذا طرأت حوادث استثنائية عامة ، لم يكن بالامكان توقعها وترتب على حصولها صيرورة الالتزام التعاقدي مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة .

ويظهر بوضوح مما جاء اعلاه ان هذه النظرية تتعارض مع المذهب الفردي الذي يأخذ بمبدأ سلطان الارادة الذي بموجبه يعتبر العقد شريعة المتعاقدين .

٢ — القانون التجاري :

ويشمل القواعد التى تطبق على فئة معينة من الناس تدعى التجار وعلى طائفة معينة من التصرفات تسمى بالاعمال التجارية .

آ — اوجه الاختلاف بين القانون التجاري والقانون المدني :

ويختلف القانون التجاري عن القانون المدني في الامور التالية :

اولا : حسب القانون المدني لايجوز الاثبات بالشهادة اذا تجاوزت قيمة الالتزام التعاقدي خمسين ديناراً . بينما يجوز ذلك في القانون التجاري مهما بلغت قيمة التصرف المراد اثباته) ٤٨٨ م مدني والمادة ٧٧ من قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩) (١)

ثانيا : لايجيز القانون المدني تنفيذ حوالة الحق في مواجهة المحال عليه او في حق الغير الا اذا قبلها المحال عليه او اعلنت له (٣٦٣م مدني)بينما يجيز القانون التجاري حوالة الحقوق الثابتة في الاوراق التجارية في مواجهة الجميع بمجرد التوقيع على هذه الاوراق بما يفيد الحوالة .

ثالثا : في الدين المدني للقاضي ان يمنح اجلا للمدين للوفاء به اذا لم يوجد مانع قانوني . بينما ليس للقاضي هذه السلطة في الديون التجارية .

رابعا : يخضع التاجر الذي يتوقف عن دفع ديونه لقواعد الافلاس التي تؤدي إلى رفع يده عن امواله وقيام وكيل عن الدائنين لادارة هذه الاموال يسمى (السنديك) . في حين يخضع المدين غير التاجر الذي تزيد ديونه الحالة على حقوقه لاحكام الاعسار (م٢٧٠ ـ ٢٧٩ مدني) .

خامسا : في بعض البلاد تخصص محاكم خاصة للفصل في المنازعات التجارية ومحاكم اخرى للمنازعات المدنية .

ولا يفرق المشرع العراقي فيهذا الصدد بين المنازعات المدنية والتجارية وتنظر فيها المحاكم المدنية دون تمييز بينها .

ب ـ القانون التجاري العراقي وموضوعاته : ـ

كان العراق ، عندما كان جزء من الدولة العثمانية خاضعاً للقانون التجاري العثماني الصادر سنة ١٨٥٠ وبقي الوضع على هذا الحال حتى بعد انسلاخه

---

(١) كان القانون المدني يمنع الاثبات اذا تجاوزت قيمة الا لتزام (عشرة دنانير) الا ان هذا الحكم يعتبر معدلا بموجب الفقرة الاولى من المادة ٧٧ منقانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ والتي تمنع الاثبات بالشهادة الى تجاوزت قيمة التصرف القانوني (خمسين ديناراً) .

من الدولة العثمانيـــة واستمر الى سنة ١٩٤٣ ، حيث اصدرت الحكومـــة العراقية في هذه السنة قانون التجارة رقم ٦٠ كمـــا أصدرت بعد ذلك قانون الشركات في عام ١٩٥٧ . واخيراً اصدرت الحكومـــة قانون التجارة الجديد رقـــم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ والذي نشر في الجريدة الرسمية (الوقائع العراقية) العـــدد ١٩٩٠ بتاريخ ٢٤ /٤ /١٩٧٠ — وبصـــدور هذا القانون الغيت أحكام قانون التجارة السابق رقم ٦٠ لسنة ١٩٤٣ وتعديلاته والاحكام المتعلقة بالافلاس من قانون التجارة العثماني وتعديلاته .

٣ — قانون التجارة البحري :

ويشمل هذا القانون القواعد التي تنظم العلاقات القانونية التي تنشأ بين ، الاشخاص بمناسبة استغلال السفن . فهذا القانون يتناول تنظيم الحقوق المترتبة على السفينة والتصرفات التي تتم بشأنها وعلاقة مالكها بربانها وضباطها وملاحيها . كما يتناول تنظيم العقود البحرية كعقد الشحن البحري. وعقد النقل البحري وعقد القرض البحري وعقد التأمين .

وهذا القانون كان يعتبر فرعاً من القانون التجاري ، الا انه استقل عنه مؤخراً بسبب كبر قيمة السفينة وتعرضها لاخطار جسيمة من جهة ووجودها أثناء استغلالها بعيداً عن رقابة صاحبها في كثير من الاوقات (١) .

ولا يوجد قانون خاص للتجارة البحرية في العراق في الوقت الحاضر وانما تطبق فيه لحد الان احكام قانون التجارة البحرية العثماني الصادر سنة ١٢٨٠ هـ . ولكن تشكلت لجنة لوضع مشروع لهذا القانون ولم تنته اللجنة من عملها ونأمل ان تتوصل إلى مشروع يأخذ طريقه نحو التشريع .

٤ — قانون اصول المرافعات المدنية والتجارية :

أ — طبيعة قواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية .

ويشمل هذا القانون القواعد التي تبين الاجراءات اللازم اتباعها .

(١) عبدالملك ياس ، المرجع السابق ص١٥٨ .

لتطبيق أحكام القانون المدني والتجاري .

فقواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية تنظم النظام القضائي ، والاختصاص القضائي ، واجراءات التقاضي أمام المحاكم المدنية .

ويلاحظ ان هناك خلافاً حول طبيعة هذا القانون . فالبعض يذهب الى اعتباره قانوناً مختلطا على أساس انه من فروع القانون العام لانه ينظم المحاكم ويعين الاختصاص وطرق الطعن ، وهذه القواعد هي من قواعد القانون العام لأنها تتعلق بإدارة مرفق عام هو مرفق القضاء ، وعلى اساس انه من فروع القانون الخاص من جهة أخرى لانه يتضمن القواعد التي تتعلق برفع الدعوى وتقديم الادلة واجراء المحاكمة واصدار الحكم ، وهذه القواعد من قواعد القانون الخاص لأنها تهدف الى حماية المصالح الفردية .

والراجح ان قانون المرافعات المدنية والتجارية يعتبر من فروع القانون الخاص لان قواعده وضعت لحماية القواعد الموضوعية التي يتضمنها كل من القانون المدني والقانون التجاري ، وهما من فروع القانون الخاص . (١)

ب- قانون المرافعات المدنية العراقي وموضوعاته :

كان العراق خاضعاً لقانون أصول المحاكمات الحقوقية العثماني الصادر في سنة ١٨٧١ الذي ادخلت عليه تعديلات وذيول وفي سنة ١٩١١ شرعت الدولة العثمانية قانون حكام الصلح تأسست بموجبه محاكم الصلح .

وفي فترة الاحتلال والانتداب البريطاني ، احتفظت سلطات الاحتلال بالكثير من القوانين العثمانية منها قانون أصول المحاكمات الحقوقية العثماني وقانون حكام الصلح بعد استثناء المسائل المتعلقة بالقضايا الجزائية (٢) ولكن اعيد في هذه الفترة تنظيم المحاكم الشرعية وصدر قانون أصول المحاكم

---

(١) عبدالفتاح عبدالباقي، ص٧٦ سليمان مرقص المرجع السابق ص٥٨ .مالك دوهان الحسن المرجع السابق ص١٨٧

(٢) الدكتور سعدون القشطيني ،احكام المرافعات ج١ ١٩٧٢ ص١١ .

الشرعية المؤقت وتشكلت محكمة التمييز بموجب الارادة الملكية الصادرة في ١٩٢٥/١٢/٢٠ .

وفي فترة الاستقلال الوطني استكمل القضاء العراقي شكله الحديث وصدرت قوانين حيث استبدل قانون المحاكم الصلحية رقم ٣٥ لسنة ١٩٣٨ بقانون حكام الصلح العثماني ولكن استمر العمل بقانون أصول المحاكمات الحقوقية الى حين صدور قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية عام ١٩٥٦ والذي الغى بموجبه قانون اصول المحاكمات الحقوقية العثماني وقانون المحاكم الصلحية ، واوقف العمل بكتابي الدعوى والقضاء من مجلة الاحكام الصلحية .

وفي عام ١٩٦٩ صدر قانون المرافعات المدنية الذي الغى بموجبه قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر عام ١٩٥٦ .

ويلاحظ بان المشرع قد غير اسم القانون من (قانون المرافعات المدنية والتجارية) الى (قانون المرافعات المدنية) بسبب ان التسمية تشمل الى جانب الدعاوي المدنية الدعاوي التجارية والشرعية ودعاوي الاحوال الشخصية وجميع الدعاوي غير الجزائية (١) .

٥ ـ قانون العمل :

هو القانون الذي يتضمن القواعد القانونية التي تنظم العمل والعلاقات بين العمال وارباب الاعمال .

ويجب الاشارة إلى أن نطاق تطبيق قانون العمل لايقتصر على العلاقات الناجمة عن عقود العمل الفردية والجماعية ، بل يتخطى اطار العقود هذه ليهم الأمة والمجتمع مباشرة ، فهو يدرس اضافة للعقود المبرمة بين العمال واصحاب الاعمال اسباب البطالة وطرق علاجها والتأمينات الاجتماعية .

ويلاحظ بان الفقهاء قد اختلفوا حول طبيعة هذا القانون . فمنهم من يذهب إلى اعتباره من فروع القانون العام ولانه يرمي إلى حماية الصالح العام من جهة . وانه يتضمن بعض القواعد القانونية ذات العلاقة بالقانون

(١) يراجع المذكرة الايضاحية والاسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية .

العام كتلك التي تنظم النقابات وتخضع العمل لرقابة الحكومة كتحديد ساعات العمل ومنع تشغيل النساء والاحداث في بعض الصناعات من جهة اخرى .

ويذهب جانب آخر من الفقه إلى اعتبار قانون العمل فرعا من فروع القانون الخاص لانه يتضمن اصلا قواعد تحكم علاقات العمال برب العمـل .

ويذهب الفقه الحديث إلى أن قانون العمل يحتل اليوم مكانا خاصا بين الفروع القانونية والعلوم الاقتصادية لانه ينطوي على قواعد من القانون ذات صفات آمرة لايجوز الاتفاق على مايخالفها كالقواعد الخاصة بفض منازعات العمل والاجور وساعات العمل . كما ينطوي ايضا على قواعد من القانون الخاص يقترن عدم تنفيذها بعقوبات جزائية . اضافة إلى أنه يرتبط من جهة اخرى بالاقتصاد الاجتماعي الذي يبحث في تدخل الدولة في تنظيم العلاقات الصناعية وفي آثار هذا التدخل على التخطيط الاجتماعي والاقتصادي .

فقانون العمل وان كان جزءاً من القانون الخاص في السابق الا أنه استقل عنه حديثا واصبح فرعا قانونيا مستقلا يتميز بخصائص خاصة تفرق بينه وبين غيره من فروع القانون المختلفة الاخرى (١) .

ويلاحظ ان قوانين العمل في العراق ، وفي بداية الامر ، لم يكن سوى تعليمات ادارية وانظمة تنظم ظروف العمل وشروطه في المعامل والمهن وتقتصر على تحديد حقوق وواجبات الصناع واصحاب العمل .

وقد جاء قانون العمال رقم ٧٢ لسنة ١٩٣٦ وتعديله رقم ٢٦ لسنة ٩٤٢ بسيطا ومختصراً في قضايا العمل التى عالجها ثم اصدرت الحكومة قانون

---

(١) الدكتور جلال القريشي ، شرح قانون العمل العراقي الجزء الاول ، علاقات العمل الفردية ١٩٧٢ص٤١ .

العمل رقم (١) لسنة ١٩٥٨ وهذا القانون وان كان افضل من القوانين السابقة الا أنه لم يخل من العيوب والنواقص ، ثم شرعت الحكومة قانون المؤسسة الثقافية العمالية رقم ١٦٢ لسنة ١٩٦٢ ، وقانون توزيع الارباح في الشركات رقم ١٠١ لسنة ١٩٦٤ الذي الغي بالقانون رقم ١٩٤ لسنة ١٩٦٠ والذي الغي بدوره بالقانون الخاص بتمثيل العمال في مجالس ادارة المشاريع الصناعية والمؤسسات والمصالح الحكومية والشركات رقم ٦٠ لسنة ١٩٧٠ .

ثم اصدرت الحكومة قانون العمل الاخير رقم ١٥١ لسنة ١٩٧٠ وفيما يتعلق بالضمان الاجتماعي للعمال اصدرت الحكومة قانون الضمان الاجتماعي رقم ١٤٠ لسنة ١٩٦٤ الذي الغي بدوره بموجب القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٦٩ المعدل بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٧٠ الخاص بضمان العمال المسنين بشروط بسيطة .

وبعد صدور قانون العمل رقم ١٥١ لسنة ١٩٧٠ اصدرت الحكومة قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال رقم ٣٩ لسنة ١٩٧١ . وبموجب هذا القانون حققت الحكومة تغييراً جذريا في مجمل محتوى ونظام الضمان الاجتماعي ينسجم مع رغبة الحكومة بالانتقال بالمجتمع إلى النظام الاشتراكي .

والى جانب القوانين التي اشرنا اليها والتي تطبق على علاقات العمل في العراق هناك اتفاقيات العمل الدولية التي صادقت عليها الحكومة العراقية كما ان هناك احكام القانون المدني العراقي التي تحتوي على المباديء والاسس العامة للعقود الواردة على العمل (المواد من ٨٦٤ وما بعدها من القانون المدني العراقي) .

٦ ـ القانون الدولي الخاص :

القانون الدولي الخاص هو القانون الذي يتضمن القواعد القانونية التي تبين المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق في الروابط التي تنطوي على عنصر اجنبي .

ففيما يتعلق بتحديد المحكمة المختصة (تنازع الاختصاص القضائي) اذا ابرم مثلا عقد بيع بين عراقيين في العراق بشأن مال موجود في العراق ايضا فالمحاكم العراقية تعتبر هي المختصة في النظر في النزاع الذي قد ينشأ بشأن هذا العقد لعدم وجود عنصر أجنبي في الرابطة التي تنشأ عنه ولكن قد تنطوي هذه الرابطة على عنصر اجنبي كما لو تم عقد البيع المذكور بين عراقيين اثناء وجودهما خارج العراق في انكلترا مثلا ، او اذا تم عقد البيع المذكور في العراق بين عراقي وانكليزي ، وكان المال موضوع البيع موجوداً في العراق . ففي مثل هاتين الحالتين ينشأ خلاف بشأن تحديد المحكمة المختصة بالنظر في النزاع الذي قد يحصل بين طرفي العقد وهل هي محكمة عراقية ام محكمة انكليزية ويتوصل إلى حل الخلاف بالرجوع إلى قواعد القانون الدولي الخاص .

يلاحظ ان القانون المدني العراقي قد نص على قواعد تنازع الاختصاص القضائي في المادتين ١٤و١٥ منه .فحسب المادة ١٤ من القانون المدني العراقي يقاضى العراقي امام المحاكم العراقية عما ترتب في ذمته من حقوق حتى ولو نشأت في الخارج كما ان المادة ١٥ تقرر ان الاجنبي يقاضى امام المحاكم العراقية في الاحوال التالية :

١ ــ اذا وجد في العراق .

٢ ــ اذا كانت المقاضاة في حق متعلق بعقار موجود في العراق أو بمنقول موجود فيه وقت رفع الدعوى .

٣ ــ اذا كان موضوع التقاضي عقدا تم ابرامه في العراق أوكان واجب التنفيذ فيه أو كان التقاضي عن حادثة وقعت في العراق .

أما في غير الحالات المشار اليها اعلاه فلا تكون المحاكم العراقية هي المختصة بالفصل في النزاع ذي العنصر الاجنبي وانما تختص به المحكمة الاجنبية .

وبصدد تنفيذ الاحكام الاجنبية في العراق يلاحظ ان المادة ١٦ من القانون المدني العراقي تقرر بان (لاتكون الاحكام الصادرة من محاكم اجنبية قابلة للتنفيذ في العراق الا اذا اعتبرت كذلك وفقاً للقواعد التي قررها القانون الصادر في هذا للشأن) .

والمقصود بـ(القانون) في المادة اعلاه هو قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية في العراق لسنة ١٩٢٨ . وحسب القانون الاخير لايجوز تنفيذ الاحكام القضائية الصادرة من المحاكم الاجنبية في العراق الا بعد حصول المحكوم له على قرار بالتنفيذ من محكمة عراقية (١) .

وفيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق (تنازع القوانين) يلاحظ ان القانون المدني قد نص على القواعد العامة الخاصة بتنظيم هذه المسألة في المواد من ١٧ الى ٣٣ منه .

ومسألة تحديد القانون الواجب التطبيق تظهر الى وجود في حالة ما اذا كانت العلاقة القانونية محل النزاع تنطوي على عنصر اجنبي . فمثلا اذا تزوج عراقي من تركية ثم أراد بعد الزواج تطليقها فتظهر الحاجة الى معرفة ما اذا كان القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية ازوج أم القانون التركي باعتباره قانون جنسية الزوجة

ان القانون الدولي الخاص هو الذي يجيب على السؤال اعلاه عن طريق قواعده التي تحدد القانون الواجب التطبيق سواء كان هذا القانون هو القانون الوطني أم القانون الاجنبي .

وجدير بالذكر ان تطبيق القانون الاجنبي لايعني ان هذا القانون يطبق لما له من سلطان أو سيادة ، انما يطبق لان القانون الوطني صاحب السيادة والسلطان هو الذي يأمر بتطبيقه تحقيقاً للعدالة والصالح العام ، واستجابة منه لحاجة المعاملات القانونية الدولية لتطبيق القوانين الاجنبية وفق قواعد يضعها المشرع الوطني في كل دولة .

(١) يراجع بصدد كيفية تنفيذ الأحكام الاجنبية في العراق مؤلفنا الموسوم بـ(أحكام قانون التنفيذ) الطبعة الثالثة ١٩٧٨ .

المبحث الثاني
موقف الفكر الاشتراكي وقانون اصلاح النظام القانوني من التقسيم

نتناول موقف الفكر الاشتراكي وقانون اصلاح النظام القانوني في العراق من تقسيم القانون الى قانون عام وقانون خاص في فرعين :
نخصص أولهما لموقف الفكر الاشتراكي من التقسيم ، وثانيهما لموقف قانون اصلاح النظام القانوني رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧ منه .

الفرع الاول
موقف الفكر الاشتراكي من التقسيم

١ – رفض الفكر الاشتراكي للتقسيم :

اذا كان التقسيم التقليدي للقانون إلى قانون عام وقانون خاص ينسجم مع طبيعة العلاقات الاجتماعية التي كانت تسود المجتمعات الفردية الا ان هذه العلاقات لم تظل على حالها في ظل المذهب الاشتراكي . بل تغيرت بفعل عوامل مختلفة . وكان من نتائج هذا التغير رفض الفقه الاشتراكي لفكرة تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص .

ويمكن رد رفض الفكر الاشتراكي التقسيم المذكور للقانون إلى الاسباب التالية .

أ – ان الفكر الاشتراكي يجعل البناء الاقتصادي هو الاساس في تحديد العلاقات بين الافراد . ولما كان القانون العام هو الذي يصنع الشكل القانوني لهذا البناء فان القانون الخاص يكون تابعا له .
فالفكر الاشتراكي يرفض التمييز بين القانون العام والقانون الخاص ويؤكد وحدة القانون على اعتبار

ان القانون بجميع فروعه انعكاس للنظام الاقتصادي في المجتمع (١) .
ب- يعتبر القانون بجميع فروعه مظهرا للسياسة الاشتراكية ولذلك لابد لكي يؤدي القانون مهمته بنجاح أن يكون التشريع ذا صفة آمرة وان يتصف اكثر ما يمكن من القواعد القانونية بصفة النظام العام . اما القواعد المكملة فيتقلص دورها ويتضاءل عددها .
ج- ان التغيير الذي اصاب العلاقات السائدة في المجتمع بتأثير مبادىء المذهب الاشتراكي ، جعل الدولة تنبذ موقفها السلبي وتتجه نحو التدخل في عمليات الانتاج وتوزيع الخدمات مما ادى إلى نشوء القطاع العام والمشروعات العامة .

كما اصبح للافراد ، في ظل المذهب الاشتراكي ، حقوق لهم بموجبها مطالبة الدولة بتحقيق العدالة الاجتماعية وكفالة مستوى لائق من المعيشة لهم ونشر التعليم وغيرها من الالتزامات التي لم يكن لها وجود في ظل المذهب الفردي . وقيام الدولة بكل هذه الالتزامات استوجب تدخلها المستمر في كثير من شؤون الحياة في المجتمع ومد سلطانها إلى كافة الميادين والانشطة الامر الذي ادى إلى اتساع نطاق القانون العام وتقلص نطاق القانون الخاص.
د- ان التحول وقيام قطاع عام يقوم بنشاط اقتصادي وتجاري ادى إلى الخلط بين القانون العام والقانون الخاص . خاصة وان معيار (السلطة العامة والسيادة) لم يعد معياراً صالحا في المجتمع الاشتراكي ، للتمييز بين القانون العام والقانون الخاص . لان القاعدة القانونية في مثل هذا المجتمع ذات طبيعة واحدة وهي تحكم علاقات ذات طبيعة واحدة . فلا وجود لروابط قانونية تقوم بين فردين بعيدة عن الجماعة ورقابتها ، ولا وجود لحقوق

(١) الدكتور عبدالسلام الترمانيني ، القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة ١٩٨٠ ص ٢٦٣. الاستاذ هنرى رياض ، القانون الاشتراكي ، ترجمة. الجزء الفلسفي من الفصل الرابع من كتاب (الدولة والقانون في الاتحاد السوفيتي) ص٥ - ٦ .

تنبعث من روابط فردية تستقل بوجودها عن المصلحة العامة . فالحقوق الفردية ذات الطابع الاجتماعي والروابط الشخصية سبيل لتنظيم الحياة الاجتماعية ونتيجة حتمية لها . وعليه فان الدولة على اعتبارها صورة المجتمع الحديث، طرف في كل رابطة قانونية . وينبغي ان يستهدى بالصالح العام في تفسير جميع هذه الروابط وتنفيذها ، دون تمييز بين رابطة واخرى (١).

ان نشوء قطاع عام الى جانب القطاع الخاص ادى الى تداخل قواعد فرعي القانون تداخلا دفع الفقهاء الى البحث عن تقسيم جديد يتلاءم مع الفكر الاشتراكي واختلفوا في هذه المسألة (٢) .

فذهب بعضهم الى بقاء التقسيم التقليدي للقانون مع توسيع نطاق القانون العام وتقليص نطاق القانون الخاص في ظل الفكر الاشتراكي لان التحول الاشتراكي يؤدي الى توسيع مجالات القانون الاداري ونطاق تطبيقه والى مزيد من السلطة والرقابة في مجالات النشاط الاقتصادي . وكل ذلك يجعل قواعد القانون العام هي الاولى بالتطبيق .

وذهب فريق آخر منهم الى الغاء هذا التقسيم لان التغييرات الفكرية والفلسفية التي حصلت في النظام القانوني في الدولة لم تترك مجالا لاتستطيع الدولة ارتياده . وان العاملين في القطاعين العام والخاص اصبحو خاضعين لمبادىء واحدة هي تحقيق المصلحة العامة . ممايستوجب ايجادنظرية جديدة تستند في أصولها الى الاوضاع الجديدة وتواجه القطاعين العام والخاص . خاصة وان معيار (السلطة العامة والسيادة) لم يعد صالحاً في المجتمع الاشتراكي

---

(١) الدكتور برهام محمد عطاالله ، مقدمة علم لقواعد المعاملات ، ١٩٦٧ ص١١ وما بعدها . والاستاذ عبد الباقي البكري ، المرجع السابق ، ص٢٧٤ .

(٢) يراجع بصدد هذه الاراء : الدكتور حسن علي الذنون ، فلسفة القانون ، الطبعة الاولى. ١٩٧٥ص١٢٩ وما بعدها .
د.برهام محمد عطاالله ، المرجع السابق ، ص١٤ .د. صفاء الحافظ . القانون الاشتراكي. ص٣٥٦ وما بعدها . د. ثروت انيس الاسيوطي ، فلسفة القانون ص٤٧٥ .

لان القاعدة القانونية فيه ذات طبيعة واحدة وتحكم علاقات ذات طبيعة واحدة ويقترح بعض أنصار هذا الرأي حلا وسطاً مؤقتاً هو الغاء القضاء الاداري ونقل اختصاصات مجلس الدولة ، دون المساس بطبيعتها وكيانها بروابط بطبيعتها وكيانها ، الى المحاكم لتقضي في المنازعات كافة سواء كانت متعلقة بروابط القانون العام أم بروابط القانون الخاص .

وذهب فريق ثالث من الفقهاء الىالابقاء على التمييز بين القانون العام والقانون الخاص مع الدعوى الى خلق فرع ثالث الى جانبهما . لان تدخل القانون العام المستمر في النشاط الاقتصادي للافراد أدى الى ظهور العقود المنظمة والموحدة والموجهة مما تسبب في نشوء منطقة محايدة بين فرعي القانون العام والقانون الخاص تخضع لقواعد قانونية مدنية وتجارية ومالية وجنائية تهدف في مجموعها الى دعم وازدهار الاقتصاد الوطني وانجاز خطة التنمية . وكل ذلك يستوجب اخضاع هذه المنطقةلفرع جديد من القانون يتخلص من معيار السلطة في القانون العام ومن مبدأ سلطان الارادة في القانون الخاص ، وهذا النوع الجديد للقانون هو (القانون الاقتصادي) .

٢ – فروع القانون الاشتراكي :

تشبه فروع القانون الاشتراكي ، في ظاهرها ، فروع قوانين البلاد اللاتينية والجرمانية . الا انها تختلف عنها في أن قانون الاسرة قد استقل عن القانون المدني وان القانون التجاري قد الغي وحل محله قانون الوحدات الزراعية (خولكوز) وقانون الاسكان .

كما يلاحظ ان الشبه بين فروع القانون في البلاد الاشتراكية وفروع قوانين البلاد غير الاشتراكية شبه شكلي وان هناك اختلافا موضوعيا وجذرياً بينهما ، وان هذا الاختلاف يعود إلى اختلاف البنية الاقتصادية في كل مجموعة من هذه البلاد .

فالقانون الاشتراكي ينقسم إلى فروع تحمل نفس الاسماء التي تحملها

فروع القانون في البلاد غير الاشتراكية كالقانون المدني والقانون الدستوري والقانون الاداري والقانون الجزائي ، الا أن الشبه يتوقف عند هذا الحد، لان البنية الاقتصادية في البلاد الاشتراكية تختلف عن البنية الاقتصادية في البلاد غير الاشتراكية ، وهذا الاختلاف يؤدي إلى اختلاف القضايا المطروحة في البلدين . كما ان المذهب الاشتراكي ينظر إلى القضايا المطروحة من زاوية جديدة تختلف عن الزاوية التي ينظر منها المذهب الفردي إلى نفس القضايا.

فبالنسبة للقانون الاداري نجد ان رجل القانون في بلد رأسمالي يرى في هذا القانون حماية للفرد وحقوقه ضد سوء تصرف الارادة . في حين يرى رجل القانون الاشتراكي ، ان حقوق ومصالح الافراد تكون محمية حماية تلقائية ومضمونة حين يصبح المجتمع ، في المجال الاقتصادي ، مؤسسا وفقا للمباديء الاشتراكية الصحيحة ، لان في هذا المجتمع لاتختلف مصالح الفرد عن مصالح الجماعة بل تنسجم معها انسجاما كاملا .

كما يلاحظ ان أهم المسائل الأدارية التي يهتم بها رجل القانون في البلاد الاشتراكية هو تنظيم استثمار وسائل الانتاج وحمايتها من كل تبديد ومن كل اساءة استعمال ، بعد ان اصبحت هذه الوسائل ملكا للجماعة .

ويختلف القانون المدني في البلاد غير الاشتراكية عن القانون المدني الاشتراكي فالاول يقوم على أساس حماية المصالح الفردية اي الملكية الخاصة . في حين ان الملكية الخاصة (الفردية) ، لاتمثل ، في البلاد الاشتراكية الا مصلحة ثانوية . والقانون المدني الاشتراكي يقوم على أساس جديد هو (الملكية الاشتراكية) .

ولاشك في ان حماية الملكية الاشتراكية تتطلب من التدابير ، ما لاتتطلبه حماية الملكية الفردية . كما انها تثير مشكلات من الصعب حمايتها بشكل ملائم فعال على عكس الملكية الفردية التي يكون فيها المالك دوماً على اهبة الاستعداد لحماية ملكيته ومصالحه . فحماية الملكية الاشتراكية ترتبط

بتنظيمها مؤسسات خاصة تعمل على الدفاع عن المصالح العامة ، ومن هنا يبدو القانون المدني السوفياتي ، في جميع الاجراءت تتعلق بالملكية الاشتراكية، مختلفاً اختلافاً كبيراً عن القانون المدني في البلاد غير الاشتراكية (١) .

الفرع الثاني

موقف قانون اصلاح النظام القانوني العراقي من التقسيم

يستمد قانون اصلاح النظام القانوني في العراق اسسه من المبادىء التي يؤمن بها حزب البعث العربي الاشتراكي والاهداف التي يسعى الى تحقيقها(٢) كما انه يرتكز ، في تحديد اهداف ومنطلقات ومضامين الاصلاح القانوني على طبيعة واهداف ثورة ١٧ تموز ١٩٦٨ . وقد حدد التقرير السياسي للمؤتمر القطري الثامن لحزب البعث العربي الاشتراكي ذلك بقوله (ان ثورة السابع عشر من تموز ١٩٦٨ هي في جوهرها وغايتها ، ثورة تحررية ديمقراطية اشتراكية وحدوية (٣) .

فحزب البعث العربي الاشتراكي هو حزب اشتراكي ثوري يعتبر الاشتراكية ضرورة حاسمة لتحقيق تحرير الامة العربية ووحدتها ونهضتها الحديثة. لذلك كان في مقدمة مهماته النضالية نشر الافكار والقيم الاشتراكية وتجسيدها في ممارساته النضالية على كل الاصعدة . والسعي الى تطبيقها وفقا لمقتضيات كل مرحلة (٤) .

وعلى هذا الاساس يجب اعادة النظر في التشريعات الموروثة . ولذلك نجد قانون اصلاح النظام القانوني في العراق يهدف . من خلال اعادة النظر

---

(١) الدكتور عبدالسلام الترمانيني ، المرجع السابق ، ص٢٦٣ .
(٢) تراجع الاسباب الموجبة لقانون اصلاح النظام القانوني في العراق رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧.
(٣) التقرير السياسي ص١٣ .
(٤) التقرير السياسي ص١٠٣ .

في التشريعات النافذة ، الى دعم المفاهيم الاشتراكية.ولكل ذلك نجده يؤكد على (اعطاء الاولوية لمصلحة المجتمع ، المتمثلة في الدولة ، على مصلحة الافراد المتمثلة في مبدأ سلطان الارادة في تنفيذ وتفسير العلاقات القانونية وبالتالي تقليص الفروق بين علاقات القانون العام وعلاقات القانون الخاص التي تجد اساسها في الفكر الليبرالي الرأسمالي) (١) .

(١) قانون اصلاح النظام القانوني رقم ٣٥ لسنة ٧٧-١ص٣٤، ٣٥ .

الفصل الثالث عشر

القواعد القانونية المكملة والقواعد القانونية الآمرة

ان القواعد القانونية – كما تبينت لنا – قواعد ملزمة ، الا انها تختلف من حيث درجة الالزام وتنقسم على هذا الاساس الى قواعد قانونية مكملة وقواعد قانونية آمرة .

والقواعد القانونية المكملة (١) (SuppLetives) هي القواعد التي يجوز للافراد الاتفاق صراحة على استبعاد حكمها .

اما القواعد القانونية الآمرة (Imperatives) فهي تلك القواعد التي تتعلق بالنظام العام والاداب اي بكيان الجماعة ونظامها السياسي ومصالحها الاساسية ولا يجوز للافراد الاتفاق على ما يخالفها والا وقع الاتفاق باطلا بطلانا مطلقا (٢) .

فالقواعد القانونية الآمرة ترمي الى تحقيق الحد الادنى من المصلحة العامة الذي لايمكن الاستغناء عنه . وهذا الحد يتغير زيادة ونقصان بحسب المذهب السائد في المجتمع وماذا كان هو المذهب الفردي او المذهب الاشتراكي . ولذلك نبحث ادناه موقف المذهبين المذكورين من تقسيم القواعد القانونية الى قواعد مكملة واخرى آمرة في المبحثين التاليين .

---

(١) ويطلق عليها اسم (مقررة Dispositives) او (مفسرة Interpretives) ويفضل بعض الفقهاء تسميتها بـ(المكملة) لان هذه القواعد تكمل ما فات ارادة المتعاقدين تنظيمه من المسائل التي قد يثور بشأنها نزاع بعد ابرام العقد، الدكتور سمير عبد تناغو، المرجع السابق ، ص٨٥ .

(٢) ان سبب التمييز بين النوعين من القواعد القانونية هو ان العلاقات الاجتماعية ليست على مرتبة واحدة من الاهمية . فمنها ما لا يتعلق بكيان الجماعة او تنظيمها السياسي اومصالحها الاساسية وانما هي علاقات متصلة بالمصالح الفردية ولا يوجد ما يقتضي تنظيمها بقواعد آمرة بل تنظم بقواعد مكملة «يجوز للافراد الاتفاق على خلافها » اما العلاقات الاجتماعية التي تتصل بكيان الجماعة وتنظيمها السياسي ومصالحها الاساسية ، فيجب تنظيمها بقواعد آمرة لا يمكن للافراد الاتفاق على مايخالفها .

المبحث الاول
موقف الفكر الفردي من التقسيم
الفرع الاول
تكاثر القواعد المكملة وتضاؤل القواعد الآمرة

بينا ان المذهب الفردي يقوم على اساس تمجيد الفرد وتقديس حريته باعتباره ركيزة الدولة ومحور المجتمع وأساس النظام القانوني ، وان القانون يعتبر وسيلة لحماية حقوق الفرد وضمان تمتعه بها ، ومنعه خلال ممارسته لحريته واستعماله لحقوقه من التجاوز على حرية وحقوق الاخرين . وبذلك يكون دور القانون مقتصراً على حماية الحقوق والتوفيق بينها عند التعارض.

كما ان المذهب الفردي يغلب المصلحة الفردية على المصلحة العامة عند التعارض . اضافة الى ذلك فانه يدعو الى ترك المجال واسعا امام الافراد لممارسة نشاطهم بحجة ان ذلك يشجع روح الابداع عندهم مما يؤدي الى زيادة الانتاج .

فالمذهب الفردي يطلق العنان لارادة الافراد ويعتبر حقوقهم حقوقا طبيعية ، ويغلب مصالحم الخاصة على المصالح العامة . لذلك فان مفهوم المصلحة العامة يكون مفهوما ضيقا . وكل ذلك يتطلب من المشرّع وضع كثير من القواعد القانونية التي تعالج نقص الارادة او غموضها مع منح الافراد حرية استبعاد حكمها عن طريق الاتفاق على مايخالفها .

واضح مما تقدم ان السبب في زيادة وتكاثر عدد القواعد القانونية المكملة في ظل المذهب الفردى هو اهتمام هذا المذهب بالارادة الفردية والحقوق والمصالح الخاصة وتغليبها على المصالح العامة عند التعارض .

اما القواعد القانونية الآمرة فيقل عددها لان مفهوم المصلحة العامة يكون مفهوماً ضيقاً ولان المصالح الفردية تغلب عليها عند التعارض .

وينبغي الاشارة هنا إلى ان قابلية القاعدة القانونية للاتفاق على خلافها لايعني الغاء تلك القاعدة بحيث تستبعد نهائياً من التطبيق ، لان الاتفاق على عدم تطبيق القاعدة المكملة ينحصر أثره على الحالة التي حصل الاتفاق من أجلها فقط وتبقى القاعدة نافذة المفعول في كل مرة لايستبعد حكمها باتفاق صريح .

ويرى البعض ان القاعدة القانونية المكملة تقوم على اساس الارادة الضمنية للمتعاقدين . الا ان الرأى الراجح يذهب إلى غير ذلك لانه لو صح ذلك (لجاز استبعاد تطبيقها اذا اثبت المتعاقدان انهما يجهلان النتائج التي نص عليها القانون ، او كان علمهما بها غير مطابق للواقع ، وهذا غير صحيح : فالقاعدة المكملة لاتتوقف في الزامها على علم المتعاقدين بها ، ولا تستند إذن إلى ارادتهما الضمنية ، فهي ملزمة ، لا لانها تمثل ارادة المتعاقدين بل لان القانون قصد بها ان تقوم مقام تنظيم لم يعلمه الطرفان ، مستهدياً في ذلك بما يعلمه المتعاقد النموذجي في تنظيم علاقته التعاقدية) (١).

ولكن هل يعني جواز اتفاق الافراد على مايخالف القواعد القانونية المكملة ان هذه القواعد ليست قواعد ملزمة ؟

يذهب رأى الى اعتبار القواعد القانونية المكملة قواعد غير ملزمة بسبب جواز اتفاق الافراد على خلافها. ولكن هذا الرأى لايمكن التسليم به لان القاعدة المكملة كالقاعدة القانونية الآمرة قاعدة قانونية ملزمة وواجبة التطبيق عند تحقق شروط انطباقها ومن هذه الشروط عدم وجود اتفاق يقضي بخلافها (٢) .

فالقاعدة القانونية الآمرة تتضمن خطابا مطلقا يلتزم الافراد بالامتثال لها دون ان يكون لارادتهم سلطان في تعديل احكامها . اما القاعدة القانونية المكملة فتتضمن خطابا مقيداً يصح للافراد بارادتهم الاتفاق على عكس

(١) الدكتور عبد الحي حجازي . نظرية القانون ، ص٢٤٧.

(٢) عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ص١١٦.

احكامها ومثل هذا الاتفاق يجرد القاعدة المكملة من شرط تطبيقها وهو الشرط الذي يستوجب عدم وجود اتفاق بين الافراد على ما يخالف القاعدة المكملة .

فاذا حصل الاتفاق على ما يخالف القاعدة القانونية المكملة فان القاعدة هذه لاتطبق في هذه الحالة . ولكن هذا لايعني ان القاعدة القانونية المكملة قاعدة غير ملزمة . وانما يعني ان مجال تطبيقها لم يتوفر ، اي ان شروط تطبيقها لم تتحقق .

الفرع الثاني

(معيار التفرقة بين القواعد القانونية الآمرة والقواعد القانونية المكملة)

مادامت القواعد القانونية تتنوع الى قواعد آمرة وقواعد مكملة فمن الضروري تحديد معيار للتمييز بينهما لما لهذا التمييز من اهمية بالغة .

وهناك معياران للتمييز بين النوعين المذكورين من القواعد القانونية : الاول هو معيار عادي (شكلي او لفظي) والثاني معيار معنوي .

١ ـ المعيار العادي (الشكلي أو اللفظي) :

المعيار العادي هو صياغة نص القاعدة القانونية ، اي الالفاظ والعبارات التي استعملها المشرع في صياغة النص . فقد تتضمن القاعدة القانونية نصا صريحا يجيز للافراد الاتفاق على مايخالفها او لايجيز ذلك . ففي هذه الحالة تكون عبارة القاعدة القانونية والفاظها متضمنة مايشعر بانها آمرة او مكملة .

والمشرع قد يعبر عن كون القاعدة القانونية قاعدة آمرة اما صراحة بان يذكر عدم جواز الاتفاق على خلافها او يذكر بان الخروج عليها يقع باطلا او بصياغة عبارة النص في صيغة الأمر او النهي كأن تبدأ القاعدة بلفظ (يلزم او يتعين او يجب او لايجوز او لايصح) .

والامثلة على ذلك كثيرة منها نص الفقرة ٢ من المادة ١٢٩ من القانون المدني العراقي الذي يقرر بان (.... التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل) والمادة ١٤٩ من نفس القانون التي تنص على انه (لايجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة الطابو ـ التسجيل العقاري) .

كذلك الفقرة الثانية من المادة ١٤٦ من نفس القانون والتي تنص على انه : (اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك) .

وكذلك الامر بالنسبة للقاعدة القانونية المكملة ، حيث ان القاعدة اما ان تنص على جواز الاتفاق على خلافها او يذكر فيها وجوب العمل بها الا اذا اتفق على مايخالفها او تتضمن عبارة(يجوز او يصح او يمكن وغيرها).

والامثلة على القواعد القانونية المكملة كثيرة ايضا نذكر منها الفقرة الاولى من المادة ٢٥٩ من القانون المدني التي تنص على انه (يجوز الاتفاق على ان يتحمل المدين تبعة الحادث الفجائي والقوة القاهرة) .

والمادة ٥٤٢ من نفس القانون والتي تنص على ان (تكاليف تسليم المبيع كاجرة الكيل والوزن تلزم البائع وحده مالم يوجد اتفاق او عرف يقضي بغير ذلك) .

وكذلك المادة ٧٧٥ من القانون ذاته التي تنص على ان (١ ـ للمستأجر ان يؤجر المأجور كله او بعضه بعد قبضه او قبله في العقار وفي المنقول ، وله كذلك ان يتناول لغير المؤجر عن الاجارة ، كل هذا مالم يقض الاتفاق او العرف بغيره) .

٢ ـ المعيار المعنوي:

قد لاتساعد صياغة النص على استخلاص الصفة الآمرة او المكملة للقاعدة القانونية وعندئذ يجب اللجوء الى المعيار المعنوي .

والمعيار المعنوي هو مايتضمنه النص من مضمون وموضوع . فان كان مضمون النص وموضوعه متعلقا بمصالح خاصة للافراد كانت القاعدة القانونية الواردة فية قاعدة مكملة . وان كان متعلقا بكيان الجماعة ونظامها السياسي ومصالحها الاساسية كانت القـاعـدة القانونية قاعدة آمـرة .

ويطلق على كل مايتصل بكيان الجماعة او نظامها السياسي او مصالحها الاساسية او قيمها الخلقية اصطلاح (النظام العام والاداب) .

فما المقصود بالنظام العام ؟ ومالمقصود بالاداب ؟

يذهب جانب من الفقه الى تعريف النظام العام بانه (فكرة تمثل مجموع المصالح الجوهرية التي يتأسس عليها المجتمع من الناحية السياسية والاقتصادية والاجتماعية والخلقية) . (١)

فالتعريف اعلاه يجمع بين فكرتي النظام العام والاداب . ولكن يلاحظ ان غالبية الشراح تفضل فصل المصالح الخلقية (الاداب) عن النظام العام وذلك بوضعها في اطار فكرة مستقلة جرى الاصطلاح على تسميتها بـ (الاداب)

لذلك سنبحث في ادناه النظام العام اولا ثم الاداب .

آ ـ فكرة النظام العام :ـ Pnplic order

النظام العام يشمل كل مايتعلق بكيان الجماعة ونظامها السياسي ومصالحها الاساسية .

وفكرة النظام العام تختلف باختلاف المكان والزمان . فما يعتبر متعلقا بالنظام العام في جماعة معينة قد لايعتبر كذلك في جماعة اخرى .

مثال ذلك تعدد الزوجات . اذ انه يعتبر في البلاد الغربية مخالفا للنظام العام ويعتبر كل اتفاق على خلاف ذلك باطلا . بينما يسمح به في كثير

(١) شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ص ٩٥

من البلاد الاسلامية ويعتبر باطلا كل اتفاق يقيد حرية الرجل في الزواج باكثر من امرأة واحدة .

كما ان النظام العام يختلف في الجماعة باختلاف الزمان . فبعد ان كانت بعض النظم القانونية تمنع الاقراض بفائدة اصبحت تسمح به الان . كما ان التأمين على الحياة بعد ان كان يعتبر مخالفاً للنظام العام في الماضي اصبح مسموحاً به في الوقت الحاضر ..

ويلاحظ ان للمذهب الفردي والمذهب الاشتراكي اثرهما في تضييق او توسيع نطاق النظام العام ، اي تضييق اوتوسيع دور القواعد القانونية الامرة.

ففي ظل المذهب الفردي يضيق هذا الدور ، لان هذا المذهب من شأنه ان يطلق ارادة الافراد مما يجعل تدخل القواعد القانونية في حدود ضيقة وبالقدر اللازم للتوفيق بين الحقوق ومنع العدوان عليها . ولذلك يكون دور النظام العام في ظل هذا المذهب متواضعا فتقل القواعد القانونية الآمرة وتكثر القواعد القانونية المكملة .

اما في ظل المذهب الاشتراكي فان دور القواعد القانونية الآمرة يتسع ، ذلك لان هذا المذهب يحد من ارادة الافراد ويعطى للقاعدة القانونية دوراً واسعا مما يؤدي الى نمو فكرة النظام العام فتكثر القواعد القانونية الآمرة وتقل القواعد القانونية المكملة (١) .

ولصعوبة حصر مايدخل في نطاق النظام العام ، يجب ترك تقرير ذلك للقاضي وعلى القاضي ان يكون في تقديره لهذا الأمر موضوعيا يراعى فيه شعور الجماعة ليكون التقدير وفقا لاتجاهاتها وبصرف النظر عن معتقداته وانطباعاته الشخصية .

وفي هذا الصدد يمكن القول بان قواعد القانون العام الداخلي كلها تعتبر من القواعد القانونية الآمرة لانها تتعلق بالنظام العام. فقواعد القانون الدستورى تمس كيان الجماعة . . كما ان قواعد القانون الادارى والقانون المالي

(١) شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ص٩٧.

تعتبر كذلك لانها تكفل رعاية مصالح عامة للجماعة . وتعتبر قواعد القانون الجنائي متعلقة ايضا بالنظام العام لانها ترسي دعامة الامن والاستقرار في الجماعة .

اما قواعد فروع القانون الخاص فهي اما ان تكون متعلقة بالأحوال الشخصية او بالمعاملات المالية (الاحوال العينية) والنوع الاول يعتبر من النظام العام لانه يتعلق بالفرد والأسرة وهما أساس المجتمع .

اما قواعد المعاملات (الاحوال العينية) فهي في الاصل لاتتعلق بالنظام العام بل انها تتعلق بالمصالح الفردية ولذلك يكون أغلبها قواعد قانونية مكملة. ومع ذلك هناك بعض قواعد المعاملات المدنية التي تتعلق بالنظام العام كالقاعدة الواردة في المادة ١٧٢ من القانون المدني العراقي التي تمنع الاتفاق على سعر للفائدة يتجاوز السعر الرسمي وهو ٧٪ وكالقاعدة الخاصة بنظرية الاستغلال الواردة في المادة ١٢٥ من القانون المدني العراقي والتي تقرر بانه (اذا كان احد المتعاقدين قد استغلت حاجته او طيشه او هواه او عدم خبرته او ضعف ادراكه فلحقه من تعاقده غبن فاحش جاز له في خلال سنة من وقت العقد ان يطلب رفع الغبن عنه الى الحد المعقول . فاذا كان التصرف الذي صدر منه تبرعا جاز له في هذه المدة ان ينقضه) .

كما ان أغلب قواعد القانون الدولي الخاص تعتبر من النظام العام كالقواعد التي تنظم الجنسية ومركز الاجانب لان هذه القواعد كيان الجماعة ايضا .

ب ـ قواعد الآداب : ـ Comceptions of Morality

يقصد بقواعد الآداب قواعد الاخلاق السائدة في امة في وقت معين والملزمة للافراد تبعا لناموس ادبي خلقي يسود علاقاتهم الاجتماعية في الحياة وهذا الناموس الادبي الخلقي هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات والاعراف المستقرة. وللدين اكبر الاثر في تكييفه عندما يرسم الانسان التمييز بين الخير والشر وبين الحسن والقبيح .

ويعتبر كل اتفاق يخالف الاداب العامة اتفاقا باطلا لا ينتج الآثار القانونية، فاستئجار دار للدعارة او القمار يعتبر باطلا لتعارضه مع الاداب العامة .

وظاهر مما تقدم ان فكرة الاداب العامة فكرة نسبية تختلف باختلاف المكان والزمان وشأنها في ذلك شأن النظام العام. لانها فكرة غير ثابتة تتأثر بالعادات والتقاليد الموروثة والاعراف المستقرة كما بينا. ولذلك لم يحدد المشرع ما يدخل ضمن مفهوم الاداب العامة بل ترك ذلك لتقدير القاضي ..

ومع ذلك تجد بعض النصوص القانونية التي تشير إلى هذا المفهوم كالفقرة (٢) من المادة ١٣١ من القانون المدني العراقي التي جاء فيها (كما يجوز ان يقترن بشرط فيه نفع لاحد المتعاقدين او للغير اذا لم يكن ممنوعا قانونا او مخالفا للنظام العام او الاداب والا لغا الشرط وصح العقد مالم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد ايضاً) .

وكذلك الفقرة الاولى من المادة ١٣٢ من نفس القانون التي جاء فيها (يكون العقد باطلا اذا التزم المتعاقد دون سبب او لسبب ممنوع قانونا او مخالف للنظام العام والاداب) .

كما يلاحظ بان هناك بعض التطبيقات القضائية لفكرة حسن الاداب، فمثلا تقضي المحاكم في مصر ببطلان عقد إيجار واستغلال الدور للدعارة ولو كانت مرخصا بها من جهة الادارة. كما تقضي ببطلان الهبة الصادرة من شخص إلى فتاة بقصد حملها على البدء او الاستمرار في علاقة جنسية غير مشروعة. وكذلك الامر بالنسبة للتعهد بدفع مبلغ من المال لقاء ايجاد علاقات جنسية غير مشروعة، حيث اعتبره القضاء المصري تعهدا باطلاً لمخالفته للاداب العامة. (١)

---

(١) غالب الداودي ، المرجع السابق ، ص٢٣٦ .

المبحث الثاني
موقف الفكر الاشتراكي ازاء التقسيم

اذا كانت سيادة المذهب الفردي في المجتمع تؤدي إلى تكاثر القواعد القانونية المكملةوتضاؤل القواعد القانونية الآمرة، فإن سيادة المذهب الاشتراكي فيه تؤدي بعكس ذلك إلى تكاثر القواعد القانونية الآمرة وتضاؤل القواعد القانونية المكملة .

وتعود اسباب تكاثر القواعد القانونية الآمرة في المجتمعات الاشتراكية إلى مايأتي : —

١ — سبق ان ذكرنا ان القواعد القانونية الآمرة هي القواعد التي تتعلق بالنظام العام والاداب. لذلك فاساس هذه القواعد، في الغالب، (١) هو النظام العام، اي صيانة المصالح العامة للمجتمع في مواجهة المصالح الخاصة الفردية .

ومفهوم (المصلحة العامة) مفهوم نسبي يتغير نطاقه ضيقا واتساعا تبعا للمذهب السائد. ففي ظل المذهب الفردي يتقلص نطاق مفهوم المصلحة العامة للاسباب التي بيناها في المبحث السابق. في حين يتسع نطاقه في ظل المذهب الاشتراكي، لأن هذا المفهوم في ظل المذهب لا يقتصر على حماية الحقوق وحفظ كيان المجتمع، بل يتسع ليشمل كل ما يؤدى إلى حماية الطبقة العاملة والتنمية الاقتصادية والخطة العامة للدولة. مما يؤدي إلى تكاثر القواعد القانونية الآمرة.

والمذهب الاشتراكي، يغلب المصالح العامة على المصالح الفردية الخاصة عند تعارضهما ولا يكترث بالارادة الفردية الا في الحدود التي تقتضيها المصلحة العامة، مما ادى إلى اتساع نطاق القانون العام وتعاظم الدور الايجابي للدولة في تنظيم الروابط الاجتماعية .

---

(١) هناك قواعد قانونية آمرة لا علاقة لها بالنظام العام كالقواعد التي توجب اتباع شكلية معينة في بعض التصرفات . فهذه القواعد قواعد آمره ولكنها ليست من قواعد النظام العام

كما ان حقوق الافراد أصبحت، في ظل المذهب الاشتراكي، قدرات ايجابية على مطالبة الدولة بالتزامات معينة من اجل تحقيق العدالة الاجتماعية وكفالة المستوى اللائق للمعيشة ونشر التعليم وغيرها. وقيام الدولة بهذه الالتزامات الجديدة يستوجب تدخلها في جميع المجالات ومد سلطانها إلى الميادين كافة .

فالدولة، في ظل المذهب الاشتراكي. تتدخل في كثير من شؤون الحياة في المجتمع، مما يؤدي إلى توسع نطاق القانون العام وتكاثر القواعد القانونية الآمرة التي تتعلق أحكامها بالمصلحة العامة. وقلة القواعد القانونية المكملة التي تتعلق أحكامها بالمصالح الخاصة الفردية .

٢ ـ ان التطورات الاقتصادية والاجتماعية التي حصلت في المجتمعات خاصة في القرن العشرين، أدت إلى تأميم الكثير من الصناعات التي كانت مملوكة ملكية خاصة، ونشأة ما يسمى بالقطاع العام وزيادة القواعد القانونية الآمرة .

٣ ـ ترتب على سيادة المذهب الاشتراكي ظهور كثير من النظم القانونية التي تسهم في تحديد مفهوم النظام العام والاداب كالقواعد القانونية الخاصة بتحديد اثمان السلع والخدمات والاجور. والقواعد المتعلقة بملكية وادارة وسائل الانتاج عن طريق القطاع العام، والقواعد المتعلقة بخطة التنمية (١) وغيرها .

(١) الدكتور سمير عبد تناغو ، المرجع السابق ، ص١٠١ .

الكتـاب الثـاني

نظريـة الحـق

تمهيد وتقسيم :

من المعلوم ان الرابطة بين شخص وآخر تنشأ عندما تصطدم مصلحة احدهما بمصلحة الاخر .

والقاعدة القانونية تقوم بتنظيم هذه الرابطة عن طريق ترجيح احدى المصلحتين على الاخرى وتقرير حق لصاحب المصلحة المرجحة قبل صاحب المصلحة الثانية . فتقرير الحقوق وفرض الواجبات هو وسيلة القانون الى تنظيم الروابط الاجتماعية .

ومما تقدم تظهر لنا الصلة الوثيقة بين القانون والحق وهذه الصلة هي السبب في جعلهما معاً موضوعاً لعلم اصول القانون .

وتأتي دراسة (نظرية الحق) عادة في اعقاب دراسة (نظرية القانون). وسوف نقسم الكتاب الثاني الذي افردناه لنظرية الحق الى ثلاثة ابواب وعلى الوجه التالي :

الباب الأول : التعريف بالحق

الفصل الاول : طبيعة الحق ومعناه

الفصل الثاني : اركان الحق

الباب الثالث : أنواع الحقوق ومصادرها

الفصل الاول : انواع الحقوق

الفصل الثاني : مصادر الحق

الباب الثالث : استعمال الحق وحمايته وانقضاؤه

الفصل الاول : استعمال الحق والقيود التي ترد على استعماله

الفصل الثاني : وسائل حماية الحق

الفصل الثالث : انقضاء الحق .

الباب الاول

التعريف بالحق

الفصل الرابع عشر

طبيعة الحق ومعناه

تختلف طبيعة الحق ومعناه باختلاف المذهب السائد في المجتمع وماذا كان هو المذهب الفردي ام المذهب الاشتراكي . لذاك يتعين علينا ونحن نبحث طبيعة الحق ومعناه ان نبحثهما في ظل المذهبين المذكورين .

المبحث الأول

طبيعة الحق ومعناه في المذهب الفردي

سبق ان بينا ان المذهب الفردي الذي ساد القرنين الثامن عشر والتاسع عشر ، ظهر كرد فعل السلطة المطلقة للطبقة الحاكمة التي سادت حتى قيام الثورة الفرنسية ، وان انصار هذا المذهب اسسوا وظيفة السلطة الحاكمة على فكرة (الدولة الحارسة) التي تقتصر وظيفتها على مجرد كفالة الامن الخارجي والداخلي وحماية حقوق الافراد وكفالة تمتعهم بها . ذاك لان هذا المذهب يعتبر الفرد هو الهدف من كل تنظيم قانوني وانه يولد وله حقوق يكتسبها من الطبيعة ويتمتع بها قبل وجود القانون ولا يسع القانون الا الاعتراف بها .

فالحقوق الفردية تعتبر ، في ظل المذهب للفردي ، حقوقا طبيعية ثابتة يكتسبها الفرد لا من القانون وانما من الطبيعة وبمجرد الولادة .لذاك فهي تعتبر امتيازات طبيعية مطلقة سابقة في وجودها على القانون وعلى المجتمع لانها تستند الى الحالة الطبيعية .

فليس القانون هو اساس الحق بل الحق هو اساس القانون ، وان وظيفة القانون ليست انشاء الحقوق الفردية ، بل وظيفته هي حماية هذه الحقوق والمحافظة عليها وتمكين الافراد من التمتع بها .

والدولة ، حسب الفكر الفردي ، انشئت من اجل الفرد وخدمة مصالحه وحماية حرياته وحقوقه . لذلك فالاصل اننا لاتستطيع المساس بهذه الحقوق الفردية ، الا انه لما كان جميع الافراد يملكون حقوقا متقابلة ومتساوية وفي نفس الوقت ، فإن ذلك ، اي ان تعاصر الحقوق الفردية قد يؤدي الى التعارض والتصادم بينها ، وعلى الدولة ، في هذه الحالة ، التدخل وبالقدر الضروري لمنع هذا التعارض والتصادم بين حقوق الافراد عن طريق التوفيق بينها .

اذن الفرد وحقوقه يعتبر الهدف الاسمي القانون في الفكر الفردي وان كلا من القانون والدولة مسخرة لخدمة مصالحه وضمان حريته وان الحق الفردي عبارة عن حقوق طبيعة مطالقة لاصحابها وان ليس للقانون اي دور سوى حمايتها ومنع التعارض بينها لتمكين الافراد من التمتع بها .

واختلف الفقهاء الفرديون في تعريفهم للحق . فمنهم من نظر الى الحق من ناحية صاحبه (المذهب الشخصي) . ومنهم من نظر الى محل الحق والغرض منه (المذهب الموضوعي) . ومنهم من نظر الى الناحيتين الشخصية والموضوعية (المذهب المختلط) . ومنهم من عرفه تعريفا يبرز عناصره وخصائصه المميزة (النظرية الحديثة) .

ولذلك سنبحث ادناه تعريف للحق في المذاهب المختلفة ونخصص لكل مذهب منها فرعا خاصـــا بـــه .

الفرع الاول
المذهب الشخصي

زعيم هذا المذهب هو الفقيه المعروف (سافيني) وانصار المذهب الشخصي رفون الحق بأنه قدرة او سلطة ارادية يخولها القانون لشخص من الاشخاص ون له بمقتضاها ان يقوم بعمل معين في حدود القانون (١) . فحق الملكية ل هو سلطة ارادية لشخص (هو المالك) بمقتضاها يستطيع ان يستعمل شيء ويستغله ويتصرف فيه .

فحسب المذهب الشخصي لا يوجد حق إلا بإرادة الشخص في حدود انون. وبهذا الاعتبار يتصل هذا المذهب بالمذهب للفردي ومبدأ سلطان رادة الذي يتمتع الارادة في ظله بسلطة انشاء الحقوق وتعديلها وانهائها(٢).

وقد تعرض هذا التعريف للانتقادات التالية : —

ان المذهب الشخصي يربط بين الحق والارادة لانه يعتبره (قدرة ارادية). . انه يشترط لكسب حق من الحقوق وجود الارادة، مع ان الحق قد يثبت شخص دون ان يكون لارادته دخل في ذلك. فالوارث تنشأ له حقوق التركة بمجرد وفاة مورثه ودون تدخل من ارادته .

ورد انصار المذهب الشخصي على هذا الانتقاد بالقول بأن القانون يعوض نعدام الارادة عند فاقديها بواسطة ممثليهم القانوني كالولي او الوصي او يم عليهم .

لا ان هذا الرد رد غير مقنع لانه يخلط بين ثبوت الحق في ذاته وبين اشرته. فالحق يثبت ولو دون تدخل من الارادة، ومن هنا جاز ان تثبت

الدكتور توفيق حسن فرج ، نظرية الحق ، ص٢٣٩ . الدكتور حسن كيرة ، المرجع السابق . ص٤٣١ . الدكتور عبدالحي حجازي المدخل لدراسة القانون . نظرية الحق ، ١٩٧٠ص ٧١. البدراوي ، المرجع السابق ، ص٤٤٠ .

الدكتور توفيق حسن فرج ، نظرية الحق ، ص١١ .

الحقوق لفاقدي الارادة. اما مباشرة الحق فلا تكون الا عن طريق الارادة، فالمجنون والصبي غير المميز تثبت له حقوق ولكنه لا يستطيع مباشرتها، بل يباشرها من ينوب عنه (١)

٢ـ ان الأخذ بالمذهب الشخصي يجعل من المتعذر الاعتراف بالاشخاص المعنوية، ذلك انه اذا كانت لهذه الاشخاص ارادة فإنها ليست ارادة حقيقية.

الفرع الثاني
المذهب الموضوعي

صاحب هذا المذهب هو الفقيه الالماني المعروف (اهرنج) وهو، عند تعريفه للحق، لا ينظر إلى شخص صاحب الحق، وانما إلى موضوعه والغرض منه. فالحق في نظر (اهرنج) عبارة عن(مصلحة يحميها القانون).

والتعريف اعلاه ينكر قيام الحق على الارادة، لانه يقيم الحق على عنصرين اخرين هما: عنصر المصلحة او الفائدة التي يخولها الحق، وعنصر الحماية.

فالمصلحة اذن هي جوهر الحق. والمصلحة التي يهدف اليها الحق قد تكون مصلحة مادية (كحق الملكية) او مصلحة ادبية (كحق ابداء الرأى). وهي تعتبر جميعا مصالح مشروعة يحميها القانون. ولكن يلاحظ ان ليست كل مصلحة يحميها القانون تعتبر حقاً وانما المصلحة التي تعتبر حقاً هي المصلحة التى يحميها القانون لذاتها. فقد لاحظ (اهرنج) ان هناك أحوالا تتحقق فيها حماية القانون لبعض المصالح بصورة عرضية دون ان تقصد بالذات. فمصلحة أصحاب المصانع هي تحقيق الربح فإذا،ما صدر قانون يفرض رسوما كمركية على الواردات الاجنبية لمنع منافستها المنتجات الوطنية، فإن مصلحة اصحاب المصانع تتحقق الا أن هذا لا يعني ان لاصحاب المصانع الوطنية حقوقا في منع المنافسة الاجنبية وفي تحقيق الارباح ذلك لان المصالح الخاصة لاصحاب

(١) البدراوي، المرجع السابق، ص٤٤١.

المصانع ليست هي المقصودة بذاتها بل قصد المشرع من فرض الرسوم الكمركية حماية الاقتصاد الوطني. اما حماية مصلحة اصحاب المصانع فقد جاءت عرضا دون ان تقصد بالذات .

ومع ذلك وجهت الانتقادات التالية للتعريف الذي قال به (اهرنج) :

١ – انه عرف الحق بالغرض منه وهو المصلحة ومن الخطأ تعريف الحق بالغرض منه لان هذا لا يعد تعريفا له. فالغرض من الحق هو المصلحة، وهذا يستلزم، بالضرورة، ان يكون الحق شيئاً آخر غير الغرض منه . ولذلك يجب ان يعرف الحق منظوراً اليه في ذاته، بصرف النظر عن غرضه .

٢ – انه يجعل من الحماية القانونية (الدعوى) عنصراً في الحق مع أن الحماية تأتي بعد أن يوجد الحق. فالقانون يحمي الحق اذا وجد هذا وبالتالي فلا يمكن اعتبار (الدعوى) عنصراً من عناصر الحق وانما هي وسيلة لحمايته تأتي بعد وجوده .

ويتبين من كل ما تقدم ان المذهب الموضوعي لا يعرف الحق في ذاته تعريفا ينصب على جوهره ، بل يعرفه بغايته (المصلحة) وبوسيلة حمايته (الدعوى) وهما أمران خارجان عن الحق ولا يصلحان لتعريفه .

الفرع الثالث
المذهب المختلط

يبرز انصار هذا المذهب في تعريفهم للحق امرين هما : الارادة والمصلحة حيث يذهبون إلى القول ان الحق اذا كان سلطة ارادية فهو في الوقت نفسه مصلحة محمية .

فهذا المذهب يجمع بين الارادة والمصلحة في تعريفه للحق . ولذلك سمي بـ (المذهب المختلط) .

الا ان انصار هذا المذهب اختلفوا بعد ذلك فيما يتعلق بتقديم وتغليب الارادة او المصلحة (١). فالبعض منهم يغلب عنصر الارادة ويقدمها على عنصر المصلحة، حيث يعرفون الحق بأنه (سلطة ارادية يعترف بها القانون ويحميها ، محلها مال او مصلحة) ، او بأنه (سلطة يقصد بها خدمة مصلحة ذات طابع اجتماعي) .

ويغلب البعض الاخر منهم عنصر المصلحة ويقدمها على عنصر الارادة، حيث يعرفون الحق بأنه (المصلحة المحمية عن طريق الاعتراف بقدرة ارادية لصاحبها) .

ولما كان هذا المذهب قائما على الجمع بين المذهبين السابقين فإنه وجه اليه من النقد ما كان يوجه اليهما . فالحق ليس الارادة لان الحق يثبت للشخص دون تدخل من ارادته ، وهو ليس المصلحة ، لان المصلحة ليست جوهر الحق بل الغاية منه كما اسلفنا .

الفرع الرابع
النظرية الحديثة

حاول الفقه الحديث ان يتجنب النقد الذي وجه إلى المذاهب السابقة وان يعرف الحق تعريفا يكشف عن خصائصه المميزة له . وقد اتجه هذه الوجهة الفقيه البلجيكي (دابان) ، حيث عرف الحق بأنه (ميزة يمنحها القانون لشخص ما ويحميها بطرق قانونية ، وبمقتضاها يتصرف الشخص متسلطا على مال معترف له به ، بصفته مالكا أو مستحقا له) (٢) .

فعناصر الحق بموجب التعريف اعلاه هي : الاستئثار بمال او قيمة معينة ، ثم تسلط صاحب الحق ، ووجوب وجود آخرين لاحترام هذا الحق ، ثم الحماية القانونية .

---

(١) البدراوي ، المرجع السابق ، ص٤٤٤ . د. توفيق حسن فرج ،نظرية الحق ، ص١٧،١٨.
(٢) البدراوي ، المرجع السابق ، ص٤٤٥ .

١ ـ الاستئثار :

الاستئثار في الحق يعني اختصاص شخص على سبيل الانفراد بقيمة معينة او بمال معين . بحيث يتيح له ذلك بأن يقول ان هذا المال ماله .

فالحق عبارة عن علاقة استئثار بين شخص وشيء ، وهي تثبت لصاحب الحق ولو لم تتوفر فيه الارادة .

ظاهر مما تقدم ان (دابان) يستبدل بفكرة (المصلحة) التي قال بها (اهر نج) فكرة (الاستئثار) . فالمصلحة لا تصبح حقا الا اذا ثبتت للشخص على سبيل التخصيص والانفراد (أي على سبيل الاستئثار) .

كذلك يستبدل (دابان) بفكرة (التمتع او الانتفاع) التي قال بها (اهرنج) فكرة (التملك) التي تفيد الاستئثار بالمال او بقيمة مالية معينة . فالاستئثار لايعني حتماً ان يكون للشخص الانتفاع بالشيء او القيمة المالية، فقد تكون المنفعة لشخص غير مالكه كالحائز وبهذا يستبعد (دابان) فكرة (القدرة الارادية) التي قال بها (سافيني) . فالمجنون والطفل يظل صاحب حق بما له من الاستئثار والاختصاص ببعض الاشياء او بعض القيم وان انعدمت الارادة لديه (١) .

وموضوع الاستئثار يرد على الاشياء المادية كالمنقول والعقار ، كما يرد على القيم اللصيقة بالشخصية كحياة الانسان وسلامة بدنه ، بل انه يرد ايضا على عمل او امتناع عن عمل يلتزم به الغير لصاحب الحق .

٢ ـ التسلط :

يعرف (دابان) التسلط بأنه (سلطة التصرف بحرية في الشيء موضوع الحق) .

فالتسلط اذن هو القدرة على التصرف بحرية.وهذه القدرة تخول صاحب الحق التصرف فيه ماديا باستعماله او بعدم استعماله ، فيستطيع ان يستعمله

---

(١) البدراوي ، المرجع السابق ، ص٤٤٥ .

وان يستغله ، سواء لصالحه او لصالح الغير . كما يستطيع ان يتصرف فيه تصرفا قانونيا فينقل حقه كلا او بعضا إلى الغير ، سواء أكان هذا التصرف بمقابل او بدونه .

٣ – تعدد الأشخاص وأحترام الغير للحق :

العنصر الثالث من عناصر الحق هو وجود الغير واحترامه للحق . ذلك لان الحق وان كان ميزة لصاحبه فهو يقتضي ، في الوقت ذاته ، وجود شخص او اكثر يسرى الحق في مواجهتهم .

وهذا العنصر ملازم للعنصر الاول . وهما يثبتان لصاحب الحق حتى ولو لم تكن له ارادة ، وفي الحالة الاخيرة تثبت مباشرة الحق لمن ينوب عنه كالولي او الوصي .

٤ – الحماية القانونية (الدعوى):

لايكتمل الحق الا اذا تكفل القانون بحمايته . فالطرق القانونية لحماية الحق ، أي الدعوى عنصر ضروري لاستكمال مقوماته . فالدعوى اذن نتيجة لازمة للحق لان صاحب الحق لايستطيع حماية حقه بنفسه بل لابد من تدخل السلطة العامة لحمايته .

واضح مما تقدم ان الحماية القانونية للحق تولد حقا مستقلا عن الحق نفسه الذي اعتدى عليه الا وهو (الحق في الدعوى) ولكن يلاحظ ان فكرة المصلحة تربط بين الحقين . لان كل حق يرمي إلى تحقيق مصلحة . وهذه المصلحة هي في الوقت ذاته شرط لوجود الحق في اقامة الدعوى لحماية الحق الاصلي . ومن هنا يقال دائما انه (لا دعوى بلا مصلحة).

المبحث الثاني

طبيعة الحق ومعناه في المذهب الاشتراكي

يقوم المذهب الاشتراكي على اساس مختلف تماماً عن الاساس الذى يقوم عليه المذهب الفردي .فالمذهب الاشتراكي يعتبر الجماعة لا الفرد الهدف الاسمى للقانون .كما انه لايعتبر الفرد كائنا مستقلا عن المجتمع الذى يعيش فيه ويتمتع بحقوق يستمدها من الطبيعة ولا يجوز للقانون المساس بها ،بل انه يعتبره كائنا اجتماعيا بطبيعته لايمكن ان يعيش الا في مجتمع وانه يتمتع بحقوق لايستمدها من الطبيعة وانما من الحياة في الجماعة ، وبأعتباره عضوا فيهـــا .

والافراد عند ممارستهم لحقوقهم يمارسونها على اعتبارها وظائف اجتماعية تستهدف غاية مشتركة هي مصلحة الجماعة بأسرة .فالحق الذاتي لاوجود له في المذهب الاشتراكي ،وان مايسمى بالحق لايعدو ان يكون واجبا يفرضه التضامن الاجتماعي على كل فرد ليؤدي بانجازه خدمة اجتمـــاعيـــــة

فالتضامن الاجتماعي هو الاساس لحياة المجتمع وان الوظيفة الرئيسية للقانون هي تحقيق هذا التضامن .لذلك فلا يجوز للفرد ان يتمسك بحقوق طبيعية مزعومة في مواجهة الجماعة .فليس للفرد من حقوق الا تلك التي تعطيها الجماعة له ،ولا يتمتع بحقوق الا تلك التي يمنحها القانون لـه.

فالقانون ، في نظر الفكر الاشتراكي ،هو مصدر الحقوق ولا تقتصر وظيفته على مجرد حماية الحقوق والمحافظة عليها لانه هو اساس الحقوق وليس العكـــس .

واضح من كل ما تقدم ان الفكر الاشتراكي ينفي وجود حقوق طبيعية مطلقة للفرد ويعتبرها وظائف اجتماعية يمارسها صاحبها لتحقيق خدمة عامة معينة ويلتزم غيره بعدم التعرض له في اداء وظيفة هذه الحقوق تحقيقا

للتضامن الاجتاعي .كما انه يعتبر القانون هو مصدر الحقوق فليس هناك حقوق سابقة لوجوده .

وتنص المادة العاشرة من الدستور العراقي المؤقت لعام ١٩٧٠ على ان (التضامن الاجتماعي هو الاساس الاول للمجتمع ومضمونه ان يؤدى كل مواطن واجبه كاملا تجاه المجتمع وان يكفل المجتمع للمواطن كل حقوقه وحريـــاته). كما تنص الفقرة الاولى من المادة ١٦ منه على ان (الملكيـة وظيفة اجتماعية وتمارس في حدود اهداف المجتمع ومناهج الدولة وفقا لاحكـام القانـــون)

كما جاء في قانون اصلاح النظام القانوني رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧، ماينص على وجوب (تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة عند تعارضهما في الملكيةاو الانتقاع بها)

ونص ايضا على اعتبار (الملكية وظيفة اجتماعية .لذلك ينبغي ان يعين القانون المدني الوظيفة الاجتماعية لكل نوع من انواع الملكيات الخاصة لوسائل الانتاج ،وان مخالفة الشروط التي يضعها القانون لاداء هذه الوظيفة الاجتماعية تستتبع اعادة النظر في حق صاحبها من قبل الدولة وتقرير نقلها الى من يؤدى هذه الوظيفة الاجتماعيـــة)

ظاهر مما تقدم ان تشريعات الثورة تعتبر التضامن الاجتماعي هو اساس الحياة في المجتمع وانها تغلب المصلحة العامة على المصالح الخاصة وتعتبر حق الملكية وهو اهم الحقوق الفردية ،وظيفة اجتماعية يجب ممارستها وفقا لاهداف المجتمع ومناهج الدولة . كما تعطى الحق للدولة ان تنقل حق الملكية الى من يحقق وظيفته الاجتماعية اذا خالف صاحبه الشروط المقررة لأداء هذه الوظيفة الاجتماعيـــــة.

ويذهب فريق من الفقه السوفيتي إلى أن في كل علاقة قانونية يكون الاطراف أصحاب حقوق وحملة واجبات وان الحق والواجب يتقرران

بناء على قاعدة قانونية كوسيلة لبلوغ الغاية التي يحددها لانفسهم أطراف العلاقة القانونية .

فالحق بموجب هذا الرأي عبارة عن (مكنة اتيان سلوك معين تتقرر للشخص وتضمنها الدولة). أي أن الحق (سلوك ممكن).

وبموجب هذه المكنة يستطيع صاحب الحق القيام بعمل كالانتفاع بالدار، أو مطالبة شخص آخر بسلوك معين كأن يطالب العامل بحقه في الاجازة السنوية ، او الالتجاء للدولة للدفاع عن حقه برفع دعوى امام المحكمة او تقديم شكوى للادارة .

ويذهب الفريق الثاني من الفقه السوفيتي إلى رفض الاكتفاء في تعريف الحق بـ (مكنة السلوك) . حيث يقولون ان ما يميز الحق هو (مكنة الفعالية) أي الاختيار الذاتي للوسائل الكفيلة بتحقيق الاهداف . سواء كانت هذه الوسائل افعالا يقوم بها صاحب الحق نفسه ، او افعالا يطالب الغير بالقيام بها ، وفقا لما يتراءى لصاحب الحق . (١)

فالحق حسب الرأي الأخير ، هو مكنة الشخص ان يفعل بطريقة معينة ويطالب الأشخاص الآخرين بسلوك مقابل .

ويجمع الفريقان على أن الحق يقابله واجب .والواجب كعنصر في العلاقة القانونية أما (سلوك واجب) عند الفريق الأول ، أو (فعالية واجبة) عند الفريق الثاني . أي قيام الطرف المعني في العلاقة القانونية بأعمال معينة أو امتناعه عن أفعال معينة ، والا تعرض للاجبار على التنفيذ . فمثلا أن حق المريض في طلب المعونة الطبية يقابله واجب الجهة الطبية في أداءهذه المعونة. فالحق يقابله واجب ، والواجب يقابله حق .

وواضح مما تقدم أن المكنات والواجبات التي تنطوي عليها العلاقة القانونية انما تتقرر ممن أجل تحقيق مصلحة جديرة بالاعتبار . كما ان الفقه السوفيتي

(١) الدكتور ثروت انيس الاسيوطي ، المرجع السابق ، ص٦١٣ وما بعدها ،

يركز في تعريف الحق على (مكنة السلوك أو مكنة الفعالة) ، فهو إذن ينظر إلى الحق على انه وسيلة حماية مصلحة وليس المصلحة ذاتها .

ويؤكد التقرير السياسي الصادر عن المؤتمر القطري الثامن لحزب البعث العربي الاشتراكي — القطر العراقي — في أكثر من موضوع أن الغاية من القانون الاشتراكي هي التعبير عن مصالح الطبقات الكادحة وتأمين الرفاهية للشعب . فقد جاء فيه (أن القوانين هي الانعكاس للأفكار والمصالح الأقتصادية السائدة في المجتمع ... وقد صيغت القوانين التي ورثتها الثورة في ظل العهود الاستبدادية والرجعية الماضية وعبرت عن مصالح الطبقات المستغلة الحاكمة فيها وعن ايديولوجياتها الرجعية والمتخلفة . وقد ناضل حزب البعث العربي الاشتراكي نضالاً ثورياً شاملاً ضد تلك العهود بكل مامثلته من طبقات حاكمة ومصالح وأفكار . لذلك فإن الموقف الطبيعي بعد أن تسلم الحزب السلطة السياسية ،وأقام نظاماً ثورياً يعبر عن مصالح الطبقات الكادحة ...... الخ)(١).

ثم يقول التقرير السياسي (إن الغاية الأساسية من الأشتراكية هي القضاء على الاستغلال وتحقيق العدالة في المجتمع ، وتأمين الرفاهية للشعب في ميادين الحياة كافة .... الخ (٢) .

ويقول التقرير السياسي أيضاً (أن الموقف الطبيعي ، بعد قيام الثورة وتوطدها وتشييدها نظاماً ثورياً يعبر عن مصالح الطبقات الكادحة ، هو اعادة النظر في القوانين والتشريعات الموروثة .ولابد أن تشهد مرحلة السنوات الخمس المقبلة انجاز هذه المهمة على نطاق شامل وجذري للقضاء على عدم التوازن والاتساق القائمة في المجتمع بسبب وجود الثورة وتعبيرها عن مصالح الطبقات الكادحة . ووجود أغلب القوانين السائدة التي تنظر العلائق الاجتماعية والاقتصادية في المجتمع وفق أفكار ومصالح الطبقات والفئات التي ناضل الحزب ضدها وأطاحت بها الثورة ..(٣)

(١) ص١٥١ – ١٥٢ من التقرير السياسي

(٢) ص٢٢٢من التقرير السياسي

(٣) ص٢٢٢ – ٢٢٣ من التقرير السياسي

والغاية الجديدة للقانون تقتضي بالضرورة مفهوماً جديداً للحق، أي أنه لما كانت غاية القانون بعد الثورة هي التعبير عن مصالح الطبقات الكادحة وتأمين الرفاهية للشعب وجب أن تدور الحقوق حول هذا المحور وأن تكون ذات صبغة اجتماعية ، لأن الأمر يتعلق بمصلحة يعترف بها لأهميتهاالاجتماعية وإذا تمتعت مصلحة الشخص بالضمان القانوني ، نظراً لأهميتها الأجتماعية، وجب ألا يمتد هذا الضمان الا بقدر مايصون مصالح الطبقات الكادحة ويؤمن الرفاهية للشعب فتتناسب الحقوق مع غايتها الأجتماعية . ومتى تصرف الشخص بطريقة تتنافى مع هدف النظام وروحه فقد خرج عن الحق، لذا يتخلى عنه المجتمع (١).

وبناء على ماتقدم يجب أن يستمد من فكرة الغاية تصريف مفهوم الحق . ولذلك يعرف الحق طبقاً للأيديولوجية العربية الثورية بأنه (مصلحة يحميها القانون لكونها مطابقة لغايته في التعبير عن مصالح الطبقات الكادحة وتأمين الرفاهية للشعب) (٢) .

وواضح من التعريف أن للحق ثلاثة عناصر هي : المصلحة التي يحميها القانون ، والحماية القانونية المقررة لهذه المصلحة . والقيمة الاجتماعية للمصلحة المحميةفي ضمان مصالح الطبقاتالكادحة وتأمين الرفاهية للشعب(٣).

---

(١) الدكتور ثروت انيس الاسيوطي ، المرجع السابق ، ص٦٢٢ .

(١) الاسيوطي ، المرجع السابق ، ص٦٢١

(٣) المرجع السابق ص ٦٢١ .

الفصل الخامس عشر
أركان الحق

يقوم الحق على ثلاثة اركان هي : اطراف الحق (الشخص القانوني) ومحله (الشيء الذي ينصب الحق عليه).والحماية القانونية (الدعوى)

وحيث اننا سنتناول الركن الثالث في الفصل الثامن عشر من الباب الثالث من هذا المؤلف فسنكتفي ادناه ببحث الركنين الاولين في مبحثين متتاليين.

المبحث الأول
أطراف الحق
(الشخصية القانونية)

تعرف الشخصية القانونية بأنها الصلاحية لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات

والشخصية القانونية تثبت اساسا للشخص الطبيعي الذي هو الانسان وتسمى حينذاك بـ(الشخصية الطبيعية). كما تثبت الشخصية القانونية لبعض المجموعات من الاشخاص والاموال كالجمعيات والشركات وتسمى في هذه الحالة بـ(الشخصية المعنوية او الاعتبارية).

وادناه نتناول نوعي الشخصية القانونية في فرعين متتاليين.

الفرع الأول
الشخصية الطبيعية

الشخصية الطبيعية هي تلك الشخصية التي تثبت للانسان ولهذه الشخصية بداية ونهاية كما ان لها مميزات تتميز بها.

المطلب الأول
بداية الشخصية الطبيعية ونهايتها

تنص المادة ٣٤ من القانون المدني العراقي على انه (تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته).

فالشخصية القانونية للانسان تبدأ بولادته حيا ان توفي عقب ذلك مباشرة. كما (١) ان هذه الشخصية تنتهي بوفاة الانسان .

واثبات الولادة والوفاة يكون عن طريق السجلات الرسمية . فأن تعذر ذلك او تبين عدم صحة ما ادرج في السجلات المذكورة . جاز اثباتهما بكافة طرق الاثبات الاخرى بأعتبار الولادة والوفاة واقعتين ماديتين . وقد نصت على ذلك المادة ٣٥ من القانون المدني العراقي بقولها (تثبت الولادة والوفاة بالسجلات المعدة لذلك . فأذا انعدم هذا الدليل او تبين عدم صحة ما ادرج بالسجلات فيجوز الاثبات بأية طريقة اخرى) .

واذا كان الاصل هو ان الشخصية القانونية للانسان تبدأ بولادته حيا وتنتهي بوفاته ، الا أن هناك حالتين استثنائيتين تردان على هذا الاصل وهما :

١ ــ حالة الجنين :

اذا كان الاصل يقضي بأن الشخصية القانونية للانسان تبدأ للانسان بالولادة حيا الا أن هذا الاصل ليس مطلقا . فالقانون يورد عليه حالة استثنائية يقرر فيها اعتبار الجنين اهلا لاكتساب بعض الحقوق (٢) كالحق في الارث والوصية له ، على انه يشترط في الحالتين المذكورتين ولادته حيا فأن ولد ميتا لم يعد له حق في أي منهما وتعود حقوقه من ارث ووصية إلى من كانت تعود له فيما لو لم يكن للجنين وجود .

واضح مما تقدم ان ليس للجنين اهلية وجوب كاملة ، بل له اهلية وجوب ناقصة تقتصر على اكتساب الحقوق التي لا يتوقف اكتسابها على قبوله . اما الحقوق التي يتوقف اكتسابها على قبوله كالهبة ، فإنه لايصلح لاكتسابها الا من تاريخ ولادته حيا ، لان الهبة عقد لا ينعقد الا بالقبول .

(١) ابمراوي ، المرجع السابق ، ص٥٤١

(٢) نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٤ من القانون المدني على انه (ومع ذلك فحقوق الحمل يحددها قانون الاحوال الشخصية) .

٢ ـ حالة المفقود

الاصل ان شخصية الانسان تظل مازال هو على قيد الحياة ولا تنتهي الا بوفاته . الا ان القانون يفترض موت الانسان اذا لم يمكن القطع بحياته او مماته كما هو الحال بالنسبة للمفقود .

والمفقود هو الغائب الذي لاتعرف اخباره ولا يعرف بالتالي مصيره . فقد يحدث ان يغيب شخص عن وطنه زمنا طويلا تنقطع اخباره ولا يعلم احي هو ام ميت ، حيث يعتبر في هذه الحالة ميتا اذا كان احتمال هلاكه غالبا على احتمال بقائه . وهذا مايسمي بـ (الموت الحكمي) تمييزاً له عن (الموت الحقيقي) الذي يحدث في الاحوال العادية .

وقد نصت على ذلك المادة ٢٦ من القانون المدني بقولها (١ ــ من غاب بحيث لايعلم احي هو ام ميت يحكم بكونه مفقودا ، بناء على طلب كل ذى شأن ٢ ــ واحكام المفقود تخضع لقانون الاحوال الشخصية) .

ويلاحظ ان الفقرة الثانية من المادة اعلاه تحيل فيما يتعلق بأحكام المفقود إلى قانون الأحوال الشخصية . وحيث ان قانون الاحوال الشخصية لم يتضمن احكام المفقود فأنه بقي محكوما بقواعد الشريعة الاسلامية حتى صدور قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ الذي نص على احكام الغائب والمفقود في الفصل الثاني من الباب السادس .

المطلب الثاني
مميزات الشخصية الطبيعية

لكل شخص طبيعي خصائص تميزه عن الأشخاص الآخرين وهي : الأسم والموطن والأهلية والحالة والذمة المالية .

١ ــ الاسم :

ان تعدد الأشخاص في المجتمع يستوجب ، لامكان تمييز بعضهم عن البعض ، أن يكون لكل منهم اسم يعرف به. وقد جاء في الفقرة الأولى من

المادة ٤٠ من القانون المدني العراقي في هذا الصدد : (يكون لكل شخص أسم ولقب . ولقب الشخص يلحق بحكم القانون أولاده)

فالمادة أعلاه تشترط (اللقب) بجانب (الأسم) لتحديد الشخص لأن الاسم وحده قد لايكفي لتحديد ذلك لتشابه الأسماء في كثير من الأحوال مما يجعله غير كاف (١) .

ويعتبر (الأسم) من الحقوق الملازمة للشخصية ، لذلك فأن الإنسان يظل محتفظاً بأسمه مابقيت شخصيته . كما ان الحق في الأسم لايسقط بالتقادم، أي لايسقط بعدم الاستعمال ولا يجوز للشخص أن يتصرف في اسمه أو يتنازل عنه للغير .

وكل اعتداء على الاسم عن طريق استعمال الغير له أو انتحاله يجيز لصاحبه طلب وقفه ولو لم ينتج من ذلك ضرر . وإذا أصاب الشخص ضرر مادي أو أدبي من هذا الاعتداء كان له الحق في التعويض فضلا عن وقف الاعتداء .

وقد نصت المادة ٤١ من القانون المدني على كل ذلك بقولها (لكل من نازعه الغير في استعمال لقبه بلا مبرر ولكل من انتحل الغير لقبه ، أن يطالب وقف هذا التعرض وأن يطلب التعويض إذا لحقه ضرر من ذلك).

ويجدر أن نشير إلى أن (الاسم المدني) يتميز عن (الاسم التجاري).. فالأخير هو الذي يتخذه شخص أو شركة لتمييز متجره عن غيره من المتاجر وقد يكون هو نفس الاسم المدني للشخص أو اسم آخر إلا انه لايتخذ تمييزاً للشخصية في ذاتها ، بل لتمييز النشاط التجاري لشخص . لذلك فهو يعتبر عنصراً من عناصر المحل التجاري وذا طابع مالي يجوز التصرف فيه وتملكه بالتقادم (٢) .

(١) الدكتور برهام محمد عطاالله ، المرجع السابق ، ص٤٣

(٢) البدراوي ، المرجع السابق ، ص٥٥٨

٢ ـ الموطن (١)

أ ـ الموطن العادي (الارادي)

الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة بصفة دائمة او مؤقتة بحيث تتحدد فيه نشاطاته القانونية وعلاقاته مع الأشخاص الآخرين فيغتبر موجوداً فيه ولو تغيب عنه بصورة مؤقتة (م ٤٢ مدني) .

ولتحديد موطن الشخص أهميته من نواح مختلفة متعددة منها تحديد الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي في القضايا المشوبة بعنصر اجنبي ومنها تبليغ الأوراق القضائية حيث تبلغ إلى الشخص في موطنه ، ومنها الوفاء بالالتزامات حيث يكون في موطن المدين الخ ....

وللموطن عنصران : عنصر مادي وعنصر معنوي . والعنصر المادي يتحقق بالاقامة المعتادة في مكان معين كأن يكون للشخص فيه مسكن يسكنه بأستمرار . أما العنصر المعنوي فيتحقق إذا ماتوفرت النية لدى ذلك الشخص في الاستقرار في ذلك المكان . لذلك فالأماكن التي قد يوجد فيها الشخص عرضاً لاتعتبر موطناً له . فالفندق الذي يقيم فيه السائح أو المسافر لايعتبر موطناً له لعدم توفر نية الاستقرار فيه لديه .

ويجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد كحالة الشخص المتزوج من أكثر من واحدة وكانت كل منهن تقيم في مكان معين .

وقد نصت على ذلك المادة ٤٢ من القانون المدني بقولها (الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة بصفة دائمة أو مؤقتة . ويجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد) .

ب ـ الموطن الالزامي :

إذا كان الأصل هو أن يتحدد الموطن العادي (الإرادي) بأختيار الشخص

---

(١) للتفصيل يراجع الدكتور غالب علي الداودي – القانون الدولي الخاص ، النظرية العامة للموطن والمركز القانوني للاجانب واحكامهما في القانون العراقي .الطبعة الاولى١٩٧٦ ، ص٤٨ وما بعدها

وارادته إلا أن القانون قد يحدد هذا الموطن للشخص دون تدخل من ارادته وذلك حماية لمصلحته . فالمفقود والقاصر والمحجور لايباشرون التصرفات القانونية بأنفسهم وإنما يباشرها من ينوب عنهم . لذلك وحماية لمصلحتهم يقرر القانون أن موطنهم هو موطن من ينوب عنهم قانوناً . وقد نصت على ذلك الفقرة الاولى من المادة ٤٣ من القانون المدني بقولها (موطن المفقودين والقصر وغيرهم من المحجورين هو موطن من ينوب عنهم قانوناً) .

جـ- موطن العمل أو الموطن المهني

الى جانب الموطن الاصلي (الارادى والالزامي) هناك موطن العمل او المهنـــة .

وموطن العمل او المهنة هو المكان الذى يمارس فيه الشخص حرفةاو تجارة معينة ، اذ يعتبر هذا المكان موطنا بالنسبة للاعمال المتعلقة بتلك الحرفة او التجارة .وقد اشارت الى ذلك المادة ٤٤ من القانون المدني حيث جاء فيهـــا (يعتبر المكـــان الذى يباشر فيه الشخص تجارة او حرفة موطنا له بالنسبة الى ادارة الاعمال المتعلقة بهذه التجارة او الحرفة)

د- موطن القاصر المأذون له بالتجارة

اذا كان الاصل هو ان موطن القاصر هو موطن من ينوب عنه قانونا الا ان القانون يجيز ان يكون للقاصر المأذون له بالتجارة موطنا خاصا بالنسبة للإعمال والتصرفات التي يجوز له مباشرتها .وقد جاء في الفقرة الثانية من المادة ٤٣ من القانون المدني (ومع ذلك يجوز ان يكون للقاصر المأذون له بالتجارة موطن خاص بالنسبة للاعمال والتصرفات التي يعتبره القانون اهـلا لمباشرتهـــا) .

هـ- الموطن المختار :

الموطن المختار هو الموطن الذى يتخذه الشخص مكانا لتنفيذ عمل قانوني معين ،اذ يعتبر ذلك المكان موطنا لكل مايتعلق بذلك العمـــل .

فالقانون يبيح للافراد ان يتفقوا على اعتبار مكان معين موطنا بالنسبة لتنفيذ عمل قانوني معين .وهذا المكان ،اى المكان المتفق عليه في العقد، يعتبر هو الموطن المختار بالنسبة الى كل ما يتعلق بهذا العمل القانوني ، الا اذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على اعمال دون اخـرى(١)

ويشترط لاثبات الاتفاق الخاص بالموطن المختار الكتابة .اى لايجوز اثبات الموطن المختار الابالكتـابة .

وقد نصت المادة ٤٥ من القانون المدني على ما تقدم بقولهـا

(١ – يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين .

٢ – والموطن المختار لتنفيذ عمل قانوني يكون هو الموطن بالنسبة لكل ما يتعلق بهذا العمل بما في ذلك اجراءات التنفيذ الا اذا نص صراحة على قصر الموطن هذا على اعمال دون اخـرى .

٣ – ولايجوز اثبات الموطن المختار الا بالكتابة) (٢) .

٣ – الاهلية :

الاهلية نوعان هما اهلية الوجوب واهليـة الاداء .

واهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لان تكون له حقوق وعليه التزامـات .

اما اهلية الاداء فهي صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه على وجـه يعتد بـه .

ظاهر مما تقدم ان اهلية الوجوب تختلف عن اهلية الاداء فالاولى هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له وعليه . في حين ان الثانية هي صلاحية الشخص لاستعمال الحقوق التي يتمتع بها وتنفيذ الالتزامات التي ترتب عليه . واهلية الاداء تتدرج حسب سن الانسان من ناحية وحسب حالتـه العقلية . لذلك نبحثهما ادناه . كما يتعين علينا هنا التطرق الى الولاية على المال لتعلقها بموضوع الاهلية .

---

(١) الدكتور برهام محمد عطا الله ، المرجع السابق ، ص٤٩ .

(٢) للتفصيل راجع الدكتور غالب الداودي – المرجع السابق . ص ٥٤

أ ــ تدرج الاهلية حسب سن الانسان :

يمر الانسان ، من حيث أهليته بالأدوار الثلاثة التالية :

أولا ــ الدور الأول (الصبي غير المميز) : وهو الصبي الذي لم يكمل السابعة من عمره . ولا يملك هذا الصبي أية أهلية لابرام التصرفات القانونية إذ تعتبر تصرفاته باطلة حتى وان اذن وليه بها ومن ثم فأن أهليته معدومة(١).

ثانياً ــ الدور الثاني (الصبي المميز) : وهو الصبي الذي أكمل السابعة من عمره ولم يبلغ الثامنة عشرة .

وللصبي المميز أهلية اداء قاصرة على بعض التصرفات دون الأخرى ،إذ تصبح تصرفاته النافعة نفعاً محضاً ولا تصح تصرفاته الضارة ضرراً محضاً .

والتصرفات النافعة نفعاً محضاً هي التصرفات التي من شأنها أن تكسب الشخص حقاً دون مقابل .

والتصرفات الضارة ضرراً محضاً هي التصرفات التي من شأنها أن تنشئ في ذمة الشخص التزاماً دون ان تكسبه حقاً مقابل ذلك .

أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتنعقد موقوفة على اجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها لهذا التصرف ابتداء .
(الفقرة الأولى من المادة ٩٧ مدني).

ويقصد بالتصرفات الدائرة بين النفع والضرر التصرفات التي يتبادل فيها الطرفان الأخذ والعطاء . ففيها يأخذ كل من الطرفين مقابلا لما يعطي ومثالها البيع والايجار وغيرهما .

والتصرف يعتبر دائراً بين النفع والضرر مادام انه بطبيعته يؤدي إلى خروج مال القاصر أو تحمله التزاماً في مقابل مايستفيد حتى ولو تحقق ان نتيجة

(١) نصت الفقرة الثانية من المادة ٩٧ من القانون المدني على ان (وسن التمييز سبع سنوات كاملة) ان احتساب السن يجري سواء بالنسبة للصغير غير المميز او لغيره حسب التقويم الميلادي (المادة ٩ من القانون المدني)

التصرف تكشف عن ربح محقق له . فالبيع بسعر أعلى من ثمن المثل والشراء بثمن أقل من ثمن المثل يعتبران ، مع ذلك من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر (١) .

ثالثا – الدور الثالث : (البالغ) سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة . وتبدأ هذا السن من اليوم الأول من السنة التاسعة عشرة من العمر (٢) (م ١٠٦ مدني). فأذا أكمل الشخص الثمانية عشرة سنة من العمر عاقلا رشيداً ولم يحكم عليه بأستمرار الولاية أو الوصاية بسبب أحد عوارض الأهلية فأنه يملك أهلية اداء كاملة ، أي يستطيع التصرف بأمواله بالطريقة التي يراها مناسبة كما يستطيع ابرام كافة أنواع التصرفات ، سواء كانت نافعة نفعاً محضاً ، أو ضارة ضرراً محضاً ، أو دائرة بين النفع والضرر .

ب – عوارض الاهلية :

قد يحدث ان يبلغ الانسان سن الرشد تام التمييز ولكن تطرأ عوارض على تمييزه ، فتختل تبعاً لذلك أهليته .

فعوارض الأهلية إذن هي صفات تلحق الشخص وتؤثر في أهليته فتعدمها أو تنقصها لأنها تعدم أو تنقص صفة الإدراك أو التمييز في الشخص .

والعوارض التي تصيب التمييز وتؤثر على الأهلية هي : الجنون ، العته ، والغفلة ، والسفة .

اولا – الجنون :

الجنون حالة مرضية تؤدي إلى انعدام التمييز لدى الشخص . لذلك فأهلية المجنون معدومة لأنه فاقد التمييز وحكمه حكم الصبي غير المميز وهو محجور لذاته كالصغير فلاحاجة لصدور حكم بالحجر عليه (م ٩٤ مدني) وتصرفات المجنون في حالة الافاقة كتصرفات العاقل . وقد نصت على ذلك المادة ١٠٨

١) البدراوي ، المرجع السابق ، ص٦١٦ و٦١٧ .
٢) الدكتور عبدالمجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، الجزء الاول في انعقاد العقد . ١٩٦٧

من القانون المدني بقولها (المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز. أما المجنون غير المطبق فتصرفاته في حال افاقته كتصرفات العاقل) .

ثانيا — العته :

العته مرض أخف من الجنون فهو لايعدم الأهلية وإنما ينقصها لأنه يؤدي إلى نقص في العقل يجعل المصاب قليل الفهم مختلط الكلام .

ويعتبر المعتوه محجوراً لذاته كالصغير والمجنون ولكنه في حكم الصبي المميز (م ٩٤ و ١٠٧ مدني). لذلك فأنه يتمتع بأهلية اداء ناقصة ، فيجوز له أن يباشر التصرفات النافعة له نفعاً محضاً ، ولا يجوز له مباشرة التصرفات الضارة له ضرراً محضاً . أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، فتكون موقوفة على اجازة الولي أو الوصي .

وبصورة عامة تطبق عليه الأحكام التي تطبق على الصغير المميز .

ثالثا — السفيه :

السفيه هو الشخص البالغ الذي يسيئ تدبير نفسه فيبذر المال على غير مقتضي العقل (١) .

ولم يعتبر القانون المدني السفيه محجورا لذاته ، بل اوجب صدور حكم من المحكمة بالحجر عليه . واذا حجر عليه اصبح حكمه حكم الصغير المميز. فتكون تصرفاته النافعة نفعا محضا صحيحة . والضارة ضرراً محضا باطلة، والدائرة بين النفع والضرر موقوفة على اجازة المحكمة او الوصي الذي تعينه المحكمة .

وتصرفات السفيه الصادرة عنه قبل الحكم بالحجر عليه تكون صحيحة، الا اذا وقعت غشا بطريق التواطوء مع من تعامل معه توقعا للحجر .

واذا عاد إلى السفيه رشده رفعت المحكمة الحجر عنه . وقد نصت على كل ماتقدم المادة ١٠٩ من القانون المدني بقولها (١ — السفيه المحجور

(١) الدكتور برهام محمد عطا الله ، المرجع السابق ، ص٦٧

هو في المعاملات كالصغير المميز ، ولكن ولي السفيه المحكمة او وصيها فقط وليس لابيه وجده ووصيهما حق الولاية عليه . اما تصرفات السفيه التي وقعت قبل الحجر عليه فهي كتصرفات غير المحجور الا اذا كان التصرف وقع غشا بطريق التواطوء مع من تصرف له السفيه توقعا للحجر ٢ – تصح وصايا السفيه بثلثماله ٣ – واذا اكتسب السفيه المحجور رشدا فكت المحكمة حجره) .

رابعا – الغفلة :

الغفلة هي عدم تمرس او خبرة الشخص في التصرفات فلا يهتدى ذو الغفلة إلى التصرفات الرابحة المفيدة فيغبن في المعاملات لسلامة نيته .

ويعتبر ذو الغفلة في حكم السفيه (م١١٠ مدني) – .

جـ – الولاية على المال :

الصغير غير المميز غير أهل لصدور التصرفات القانونية منه على وجه يعتد به شرعا وينوب عنه في ذلك وليه ثم وصيه .

وولي الصغير هو ابوه ثم المحكمة (١)اما الوصي فهو من يختاره الاب لرعاية شؤون ولده الصغير اوالجنين . ثم من تنصبه المحكمة على ان تقدم الامر على غيرها وفق مصلحة الصغير . فان لم يوجد احد منهما فتكون الوصاية لدائرة رعاية القاصرين حتى تنصب المحكمة وصيا (٢)

والولاية اقوى من الوصاية وبالتالي فأن ولاية الولي على مال الصغير اوسع نطاقا من ولاية الوصي .

فتصرف الولي في مال الصغير يكون صحيحا نافذا اذا كان يمثل القيمة او بغبن يسير لا فاحش . اما اذا عرف الولي بسوء التصرف فللحاكم ان يقيد من ولايته او ان يسلبه هذه الولاية (م ١٠٣ مدني) .

(١) المادة ٢٧ من قانون رعاية القاصرين .

(٢) المادة ٣٤ من قانون رعاية القاصرين .

اما الوصي فاله مباشرة عقود الادارة فقط ، وتكون هذا العقود صحيحة ونافذة ولو كانت بغبن يسير اما التصرفات الاخرى التى لاتدخل في حدود الادارة فلا تصح مباشرتها من قبل الوصي الا بأذن من المحكمة وبالطريقة التي تحددها .

وقد نصت على ذلك المادة ١٠٥ من القانون المدني بقولها (١ — عقود الأدارة الصادرة من الوصي في مال الصغير تكون صحيحة نافذة ولو كانت بغبن يسير . ويعتبر من عقود الأدارة بوجه خاص الايجار اذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات واعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق وايفاء الديون وبيع المحصولات الزراعية وبيع المنقول الذي يسرع اليه التلف والنفقة على الصغير .

٢ — اما التصرفات الاخرى التى لا تدخل في حدود الادارة كالبيع في غير ما ذكر والرهن والقرض والصلح وقسمة المال الشائع واستثمار النقود فلا تصح الا باذن من المحكمة وبالطريقة التى تحددها) .

٤ — الحالة :

تحديد حالة الشخص يعني تحديد مركز الشخص من حيث انتسابه لوطن معين (الحالة السياسية — الجنسية) ، ومن حيث انتسابه لاسرة معينة (الحالة العائلية) ومن حيث انتسابه لدين معين .

آ — الحالة السياسية (الجنسية)

يقصد بالحالة السياسية للشخص انتساب الشخص إلى دولة معينة ويعبر عن علاقة الشخص بالدولة بعلاقة الجنسية .

والجنسية علاقة سياسية وقانونية بين الفرد والدولة وهي التي تميز بين الوطنيين والاجانب .

والدولة تمنح جنسيتها للافراد الذين يكونون شعبها . ويتم ذلك وفقا لقوانين تصدرها الدولة وتتضمن القواعد التي تحدد كيفية اكتساب الجنسية وفقدها والحقوق التي تترتب على تمتع الفرد بجنسية الدولة .

وللجنسية اهمية بالغة لانها تثبت لمن يحملها حقوقا لا يتمتع بها الاجنبي كما ان تحديد الجنسية يفيد فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات التي تتأسس بين افراد ينتمون لجنسيات مختلفة . وكذلك فيما يتعلق بتعيين المحكمة المختصة بالنظر في المنازعات التي قد تنشأ عن تلك العلاقات والجنسية اما أن تكون جنسية اصلية او جنسية مكتسبة .

اولا — الجنسية الاصلية : (١)

الجنسية الاصلية هي تلك الجنسية التي تثبت للشخص مع مولده ، وهي تحدد على احد الاسس التالية : —

حق الدم :

الجنسية المكتسبة على اساس حق الدم هي التي يكتسبها الشخص لحظة ميلاده بسبب نسبه العائلي ، أي على اساس (حق الدم المنحدر عن الاب أو الأم)

فالدولة تفرض هذه الجنسية على أولاد رعاياها لانهم سيندمجون في المجتمع ويبقون متعلقين بالوطن .وهي اى الدولة تمنحها لهم سواء تمت ولادتهم في ارض وطن الاب ام في وطن اجنبي .

ويعتبر قانون الجنسية العراقي ر قم ٤٣ لسنة ١٩٦٣ المعدل (حق الدم المنحدر من الأب) الاساس الاول لفرض الجنسية الاصلية .فقد نصت الفقرة الاولى من المادة الرابعة منه على انه (يعتبر عراقيا من ولد في العراق او خارجه لاب متمتع بالجنسية العراقية) .

حق الاقليم :

الجنسية المكتسبة على اساس حق الاقليم هي التى يكتسبها الشخص لوقوع الميلاد على اقليم الدولة وبصرف النظر عن جنسية والديه .وقد نصت عليها الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من قانون الجنسية العراقي بقولها (يعتبر عراقيا

(١) للتفصيل يراجع : الدكتور غالب الداودي ، القانون الدولي الخاص ، النظرية العامة وأحكام الجنسية العراقية الطبعة الثانية ١٩٧٨ص٢٧٢ وما بعدها .

من ولد في العراق من والدين مجهولين ،ويعتبر اللقيط الذى يعثر عليه في العراق مولوداً فيه مالم يقم الدليل على خلاف ذلك) .

حق الدم والاقليم :

وقد تفرض الجنسية على الاساسين معا اى على اساس حق الدم وحق الاقليم. وقد نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون الجنسية العراقي بقولها (يعتبر عراقيا من ولد في العراق من ام عراقية واب مجهول أو لا جنسية له) .

واساس فرض الجنسية في هذه الحالة هو (حق الدم المنحدر من الام والمعزز بحق الاقليم) .

ثانيا – الجنسية المكتسبة :

وهي التي تثبت للشخص بعد ميلاده . وتسمى بالجنسية اللاحقة أيضاً . وعناصر الجنسية اللاحقة لاتكتمل فور ميلاد الشخص ، وإنما في تاريخ لاحق لميلاده . لذلك فأنها لاتثبت للشخص بمجرد ولادته بحكم القانون ، بل تمنح له بموافقة السلطة عندما يطلبها وتكتمل عناصر اكتسابها فيه بعد الميلاد أو يلحق بها بسبب صغر السن او الزواج .

وحالات اكتساب الجنسية العراقية اللاحقة هي : (١)

١ – بالولادة خارج العراق من أم عراقية وأب مجهول أو لاجنسية له على أساس حق الدم وحده المنحدر من الأم بصورة ثانوية وفق المادة الخامسة من قانون الجنسية العراقية .

٢ – بالولادة المضاعفة وفق المادة السادسة من قانون الجنسية العراقية .

٣ – بالتجنس في الحالات التالية :

(١) للتفصيل يراجع : الدكتور غالب الداودي ، القانون الدولي الخاص . النظرية العامة وأحكام الجنسية العراقية . الطبعة الثانية ١٩٧٨ص٢٩٨ وما بعدها .

آ — تجنس العربي على أساس الانتماء إلى الأمة العربية وفق قانون منح الجنسية العراقية للعرب رقم ٥ لسنة ١٩٧٥ المعدل .

ب— تجنس الأجنبي غير العربي على أساس اداء خدمة نافعة للبلاد وفق الفقرة الثانية من المادة الثامنة المعدلة من قانون الجنسية العراقية.

جـ— بالتجنس فوق العادة على أساس المصلحة العامة بقرار من مجلس قيادة الثورة استثناء من أحكام قانون الجنسية العراقية .

٤ — بحالة المواطن المغترب على أساس الانتماء إلى الأمة العربية وفق المادة ١٧ من قانون الجنسية العراقية .

٥ — بالزواج المختلط على أساس وحدة الجنسية في العائلة الواحدة حسب المادة ١٢ من قانون الجنسية العراقية .

٦ — بالتبعية بسبب صغر السن على أساس وحدة الجنسية في العائلة الواحدة وفق الفقرة الاولى من المادة ١٣ من قانون الجنسية العراقية .

ب — الحالة المدنية (الاسرة) :

الاسرة عبارة عن مجموع الأشخاص الذين تجمعهم صلة القرابة ، سواء أكانت قرابة نسب أو قرابة مصاهرة .

وقرابة النسب هي القرابة التى يكون أساسها وحدة الدم المشترك ، أي تقوم على أساس اشتراك الأشخاص في أصل واحد .

وقرابة النسب إما أن تكون قرابة مباشرة أو قرابة حواشي . والقرابة المباشرة هي قرابة الأصول والفروع . والأصل هو من نزل منه الشخص كالأب وأصوله . والفرع هو كل من ينحدر من الشخص كالابن وفروعه.

وتحسب درجة القرابة المباشرة باعتبار كل فرع درجة عند الصعود إلى الأصل بخروج هذا الأصل . فالقرابة بين الابن وابيه هي من الدرجة الأولى وبينه وبين جده لأبيه هي من الدرجة الثانية احكام .

أما قرابة الحواشي فهي القرابة التي تقوم بين اشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً لآخر كالقرابة بين الأخ وأخيه والولد وعمه وخاله .

وتحسب درجة قرابة الحواشي بأحتساب الدرجات صعوداً من الفرع للأصل ثم نزولا منه إلى الفرع الآخر ، وكل فرع يعتبر درجة دون أن يحسب الأصل المشترك . فالأخ يعتبر من الدرجة الثانية بالنسبة لأخيه لأن الأصل المشترك بينهما هو الأب وكل منهما يعد درجة بالنسبة إلى الأصل المشترك الذي هو الأب فالمجموع هو درجتان وهكذا.(المادتان ٣٨و٣٩ من القانون المدني).

ج ـ الدين :

في الأصل يتحدد مركز الشخص وفقاً لمركزه في الدولة ومركزه في الأسرة وبصرف النظر عن اعتقاده الديني .

ان الدستور العراقي وان كان ينص على أن (الاسلام دين الدولة) إلا أنه يقرر بعد ذلك مايأتي : (المواطنون سواسية أمام القانون ، دون تفريق بسبب الجنس أو العرق أو اللغة أو المنشأ الأجتماعي أو الدين).

ومع ذلك فإن للدين أهميته فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية ،إذ أن الأحكام التي تنظم هذه المسائل تختلف بأختلاف ديانة صاحب العلاقة في بعض البلاد كالعراق .

كما أن اختلاف الدين يعتبر مانعاً من موانع الارث وتنص المادة ١١٩٩ من القانون المدني العراقي ، فيما يتعلق بانتقال حق التصرف في الأرض الأميرية، على أن (لايثبت حق الانتقال مابين المختلفين في الدين ولا بين عراقي وأجنبي)

٥ ـ الذمة المالية :

ان من يكتسب الحقوق ويتحمل الالتزامات هم الاشخاص فقط دون غيرهم ،لذلك كان من اللازم ان يكون لكل شخص ذمة ماليـــة.

والذمة المالية عبارة عن مجموع ماللشخص من حقوق وما عليه من التزامات ماليـــــة.

واضح من ذلك ان الذمة المالية تتألف من عنصرين :عنصر ايجابي يتمثل في مقدار ماللشخص من حقوق مالية .وعنصر سلبي يتمثل في مقدار ما على الشخص من التزامات ماليـــة.

وقد يزيد العنصر السلبي ،اى تزيد حقوق الشخص على التزاماته فيكون موسراً .وقد يحصل العكس اى تزيد التزاماته على حقوقه فيكون الشخص معسراً .

والالتزامات والحقوق التى تدخل في الذمة المالية هي الالتزامات والحقوق المالية .اما الالتزامات والحقوق غير المالية فلا تدخل في الذمة المالية للشخص. فحقوق الاسرة كالسلطة الابوية وسلطة الزوج على زوجته لاتدخل في الذمة المالية لانها حقوق غير مالية .وكذلك الامر فيما يتعلق بواجب الطاعة الذى على الزوجة قبل زوجها لانه التزام غير مـــــالي .

والذمة المالية تكون وحدة قائمة بذاتها مستقلة عن العناصر التى تتألف منها .فهذه العناصر قد تتغير ولكن الذمة المالية تبقي قائمة كوحدة مستقلة متماسكة تمثل مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات مالية متغيرة بتغير اوضاعه الماليـــة.

واعتبار الذمة المالية وحدة قائمة بذاتها مستقلة عن العناصر التي تتكون منها يعني انها تعتبر كلها ضامنة للوفاء بما على صاحبها من ديون وهذا مايسمى بالضمان العام الذى للدائن على اموال مدينه والذى اشارت اليه الفقرة الاولى من المادة ٢٦٠ من القانون المدني العراقي بقولها (اموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديـــونــه)

الا انه يلاحظ ان هذا الضمان العام لايقع على مال معين من اموال المدين وانما يقع على ما يوجد في ذمة المدين من اموال ،سواء أكانت هذه الاموال موجودة وقت نشوء الدين او وجدت بعد ذلك .

ويترتب على ذلك انه اذا لم يقم المدين بالوفاء بدينه جاز للدائن التنفيذ على امواله بالحجز عليها وبيعها عدا تلك التي يمنع القانون التنفيذعليها (١).

كما يلاحظ ان الضمان العام للدائن لايمنع المدين من التصرف بأمواله اذ هو يستطيع التصرف فيها ،لان حق الدائن ينصب على جميع العناصر الايجابية لذمة المدين المالية ولا ينصب على عنصر معين بذاته .

وعليه اذا تصرف المدين بمال من أمواله فأنه يخرج من ذمته ولا يجوز للدائن مطالبة صاحب المال الجديد الا اذا كان دينه مضمونا بحق عيني تبعي اذ يحق له آنذاك ان يتتبع المال المرهون في اى يد يكون (م١٣٠٦ و١٣٤٥ مـــدني)

الفرع الثاني

الشخصية المعنوية (الاعتبارية)

بينا ان الشخصية القانونية لا تثبت للانسان فقط وانما هي تثبت لبعض المجموعات من الاشخاص او الاموال وتسمى في هذه الحالة بـ (الشخصية المعنوية او الاعتبارية) .

والشخصية المعنوية عبارة عن تجمع لاشخاص او اموال يعترف به المشرع بصفته كائنا قائما بذاته مستقلا عن كيانات الاشخاص او الاموال المكونة له وذلك لاجل تحقيق اهداف معينة سياسية او اقتصادية او اجتماعية .

ولفكرة الشخصية المعنوية اهمية كبيرة تبدو في النواحي التالية :—

١ — ان تجمعات الاشخاص او الاموال هذه تمكن الشخصية المعنويةمن تحقيق وانجاز اعمال يعجز عن تحقيقها الفرد بمفرده ، اذ ان قيامهايؤدي إلى توحيد جهود عدد كبير من الاشخاص لتحقيق غايات معيّنة معماً في ذلك من فائدة للمجتمع والاشخاص الذين تتألف منهم تلك التجمعات.

---

(١) عددت المادة ٦٢ من قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ أموال المدين التي لايجوز التنفيذ عليها.

٢ – ان بعض المشروعات يستغرق انجازها زمنا يتجاوز الزمن القصير والمحدود الذي يستغرقه عمر الانسان . والاعتراف بالشخصية القانونية لتلك التجمعات يتيح لها البقاء بصرف النظر عن فناء الاشخاص المكونين لها او تغيرهم مما يمكنها بالتالي من تحقيق تلك المشروعات مهما استغرق ذلك من زمن. لان للشخصية المعنوية ذمة مالية منفصلة عن ذمة الافراد المكونين له.

٣ – ان عدم الاعتراف بالشخصية القانونية لتلك التجمعات يجعل من الضروري لكل من يريد ان يتعامل معها ان يتعامل مع كل عضو من أعضائها مع ما في ذلك من تعقيد وعناء ، في حين ان الاعتراف بالشخصية القانونية للتجمعات المذكورة يؤدي إلى أن يجرى التعامل مع شخص واحد هو الشخص المعنوي . ولاشك ان في هذا الأمر تيسير للمتعاملين مع الشخصية المعنوية.

ان دراسة الشخصية المعنوية تقتضي بيان طبيعتها ونشأتها ثم خصائصها وأنواعها وانتهائها . لذلك نتناول أدناه هذه الأمور كلا في مطلب خاص به.

وتكون الأشخاص المعنوية على نوعين هما : الأشخاص المعنوية العامة والأشخاص المعنوية الخاصة .

والأشخاص المعنوية العامة هي كالدولة والوزارات والمحافظات والمجالس البلدية والقروية والمؤسسات والمنشآت والشركات العامة وكل المصالح العامة التي تنشأها الدولة وتمنحها شخصية معنوية مستقلة لتقوم بادارة المرافق العامة. أما الأشخاص المعنوية الخاصة فهي تنقسم إلى مجموعات الأشخاص كالشركات والجمعيات ، ومجموعات الاموال كالوقف والمؤسسات الخاصة.

وللتمييز بين النوعين أهمية من حيث القواعد التي تحكم كلا منها فالأشخاص المعنوية العامة تخضع للقانون العام ، بينما تخضع الأشخاص المعنوية الخاصة لقواعد القانون الخاص . ويترتب على ذلك تمتع الشخصية المعنوية العامة بحقوق وسلطات لاتتمتع بها الشخصية المعنوية الخاصة (١) .

(١) هنالك معايير كثيرة متعددة للتمييز بين الاشخاص المعنوية العامة والاشخاص المعنوية الخاصة. ليس هنا مجال بحثها لانها تعتبر من موضوعات القانون الاداري .

المطلب الاول

طبيعة الشخصية المعنوية

اختلف الرأي بشأن طبيعة الشخصية المعنوية وطرحت نظريات في هذا الشأن نوجزها أدناه (١) .

١ ـ نظرية الافتراض القانوني :

يذهب انصار هذه النظرية إلى أن الشخصية المعنوية ليست شخصية حقيقية بل هي شخصية افتراضية من صنع المشرع الذي يمنح بعض التجمعات تلك الشخصية حتى تستعين بها على أداء اعمالها لوجود ضرورات اجتماعية تقتضي ذلك ، إذ أن الشخصية الحقيقية لاتوجد إلا حيث توجد الارادة والارادة لاتوجد الا في الانسان . أما التجمعات فليست ذات ارادة منفصلة عن الارادات الفردية . لذلك فإن افتراض الجماعة وحدة مستقلة صالحة لتلقى الحقوق وتحمل الالتزامات ليس سوى تحليل ومجاز يخالفه الواقع ولا يمكن أن يقع هذا المجاز إلا إذا تدخل المشرع وجعل منها شخصية قانونية .

وحسب هذه النظرية تعتبر الشخصية المعنوية منحة من الدولة وهذا ما يؤدي إلى اطلاق يدها في هذا المجال . فهذه النظرية تؤدي إلى التسليم للدولة بالسلطان المطلق على الجماعات فتمنحها الشخصية القانونية أو تمنعها عنها حسب ماتمليه الاعتبارات السياسية كما يكون لها سحب الشخصية القانونية من الشخص المعنوي وتقييد الأعمال القانونية التي يجوز له القيام بها .

(١) بشأن هذه النظريات يراجع : البدراوي ،المرجع السابق ص٦٨٥ وما بعدها .جميل الشرقاوي مبادىء القانون ص٢٩١ . البزاز ص٣١٥ والدكتور محمد سامي مذكور . نظرية الحق ص١٤١ . توفيق حسن فرج ، نظرية الحق ؛
هامش (١) ص٢٢٨و ٢٢٩ .شفيق شحاته . النظرية العامة للحق ص١١٨ وما بعدها .

٢ ـ نظرية الحقيقة :

تذهب هذه النظرية إلى أن الشخصية المعنوية ليست مجازاً من صنع المشرع بل هي شخصية حقيقية لها ارادة هي نتاج ارادة اعضاء الشخصية المعنوية .

فيجوز اجتماع عدة افراد لتحقيق غرض معين مشروع وتنشأ ارادة مشتركة منفصلة عن ارادة الافراد . وهذه الارادة تظهر إلى الوجود قبل تدخل الدولة واذا تدخلت الدولة فتدخلها لايكون لغرض خلق الشخصية المعنوية بل للاعتراف بوجودها وتنظيمها .

٣ ـ النظريات التي تنكر الشخصية المعنوية :

يذهب بعض الذين ينكرون الشخصية المعنوية إلى أن لاضرورة لفكرة الشخصية المعنوية وان بالامكان الاستغناء عنها بفكرة (الملكية المشتركة) .

وحسب هذه الفكرة تكون اموال الشخصية المعنوية مملوكة ملكية مشتركة للجماعة كلها بحيث ان كل عضو فيها لايستطيع التعامل بمفرده وانما يتعامل فيها بالاتفاق مع الاخرين فمجموع الافراد هو الذي يملك المال .

وانتقدت هذه النظرية بحجة انها تعتبر المال العنصر الاساسي في الشخصية المعنوية وهذا الامر اذا كان يصدق بالنسبة للشركات التجارية فانه لايصدق بالنسبة للدولة والمؤسسات العامة والجمعيات الثقافية والخيرية والاشخاص المعنوية الأخرى ، حيث ان اموالها ليست غير وسيلة تستعين بها لتحقيق الغايات التي قامت من اجلها .

ويذهب الفقيه الالماني(برنزBRENZ) الى ان الشخصية المعنوية مجرد خيال ويستعيض عنها بفكرة (المال الذى لامالك لـــــه). وحسب رأى هذا الفقيه تكون الاموال التي يقال انها لشخص معنوى هي امو ال او ذمة مالية مخصصة لغرض معين وليس من الضرورى ان تنسب هذه الذمة وتلك الاموال لشخص معيـــــن.

وانتقد هذا الراى ايضا بسبب ان الذمة المالية لاتستند الا الى شخص. فالحقوق والالتزامات لايمكن ان تقوم استقلالا وانما تثبت بالضرورة لشخص او عليه .ولذلك لايصح القول بان هناك اموالا لايملكها شخص معين بالـــذات .

٤ ـ تحديد طبيعة الشخصية المعنوية على اساس عناصرها :

ويذهب بعض الفقهاء الى امكانية تحديد طبيعة الشخصية المعنوية على اساس العناصر المكونة لها ، اذ من المعلوم ان هناك عنصرين لابد من توافرهما لقيام الشخصية المعنوية وهما :

عنصر مادى يتمثل في اتفاق بعض الاشخاص على تحقيق غرض معين، او رصد مال معين لتحقيق غرض معيـــن .

وعنصر معنوى يتمثل في ضرورة تدخل المشرع بمنح التجمعات المذكورة الشخصية القانونية حتّى تستطيع ان تنتج؟ بالنسبة للغير وحتّى تستطيع القيام بالمهـــام التّي قامت من اجلهـــا.

المطلب الثاني

نشأة الشخصية المعنوية

لابد لنشوء الشخصية المعنوية ـ كما بينا ـ من توافر عنصرين : عنصر مادي وعنصر معنوي (شكلي)

والعنصر المادي يتحقق اذا قام تجمع لاشخاص او اموال لاجل تحقيق هدف معين . والهدف الذي يبغى التجمع تحقيقه قد يكون سياسيا وقد يكون اقتصاديا وقد يكون اجتماعيا . الا انه يشترط فيه ان يكون ممكنا ومشروعا ومعينا ويترتب على ذلك ان التجمع لايقوم اذا كان الهدف غير قابل للتحقيق لاسباب طبيعية او قانونية . كما لايقوم التجمع ايضا اذا كان

الهدف المطلوب تحقيقه مخالفا للنظام العام والاداب او غير محدد بصورة جليـــة .

والعنصر الشكلي هو اعتراف المشرع بالشخصية المعنوية للتجمع اعترافا صريحا او ضمنيا . والاعتراف اما ان يكون عاما او خاصا ، ويكون الاعتراف عاما اذا كان القانون ينص على جملة شروط يلزم توفرها في كل تجمع للاشخاص او الاموال حتى يكتسب الشخصية المعنوية . فالشخصية المعنوية لكل تجمع من تلك التجمعات تنشأ متى توفرت الشروط المطلوبة بقوة القانون دون حاجة الى صدور قرار لاحق من المشرع بمنح تلك الشخصية ومثال ذلك مانصت عليه المادة ٤٧ من القانون المدني العراقي من ان الاشخاص المعنوية هي الدولة والادارات والمنشآت العامة والمحافظات والبلديات ، والقرى والطوائف الدينية والاوقاف والشركات التجارية والمدنية الا ما استثنـــى بنـــص .

ويكون الاعتراف خاصا اذا كان اعتراف المشرع بالشخصية المعنوية للتجمع شرطا لازما لقيامها . ففي هذه الحالة تثبت الشخصية المعنوية للتجمع اعتباراً من تاريخ اعتراف المشرع له بها وليس اعتباراً من تاريخ قيامــه

فالدولة تتدخل للاعتراف بالشخصية المعنوية في كل حالة على حدة وترخص في قيامها ترخيصا خاصا بذلك .

ومن الجدير بالذكر ان الدولة لاتعترف بالشخصية القانونية للتجمـع هذا الا اذا توافرت الشروط المطلوبة المقررة في القانون .

المطلب الثالث

خصائص الشخصيةالمعنوية

للشخصية المعنوية خصائص تتميز بها وهي : الاسم والموطن والذمة المالية والاهلية والحالة ووجود ممثل يعبر عن ارادتها .

وقد نصت على ذلك المادة ٤٨ من القانون المدني بقولها :

(١ ـ يكون لكل شخص معنوي ممثل يعبر عن ارادته .

٢ ـ ويتمتع الشخص المعنوي بجميع الحقوق الا ماكان منها ملازما لصفة الشخص الطبيعي وذلك في الحدود التي يقررها القانون

٣ ـ وله ذمة مالية مستقلة .

٤ ـ وعنده اهلية الاداء وذلك في حدود التي يبينها عقد انشائه والتي يفرضها القانون .

٥ ـ وله حق التقاضي .

٦ ـ وله موطن ، ويعتبر موطنه المكان الذي يوجد فيه مركز ادارته . والشركات التي يكون مركزها الرئسي في الخارج ولها اعمال في العراق يعتبر مركز ادارتها بالنسبة للقانون الداخلي المكان الذي فيه ادارة اعمالها في العراق) .

وبناء على ما تقدم ندرس ادناه خصائص الشخصية المعنوية المشار اليها اعلاه تباعا .

١ - الاسم :

لكل شخص معنوي اسم يميزه عن غيره من الاشخاص المعنوية ويستمد عادة من الغرض الذي يسعى الشخص المعنوي إلى تحقيقه، او من المجال الذي يمارس فيه نشاطه او من اسماء مؤسسيه والقابهم وما إلى ذلك من اعتبارات. على انه يجب ان يلاحظ ان اسم الشخص المعنوي ينبغي الا يكون مخالفاً للنظام العام والاداب كما يجب الا يرمز إلى غاية مغايرة للغاية التي يسعى الشخص المعنوي إلى تحقيقها او يؤدي إلى الخلط بينه وبين اسم آخر. هذا ويتمتع اسم الشخص المعنوي بالحماية القانونية شأنه في ذلك شأن اسم

الشخص الطبيعي، كما ان الاسم التجاري للشركات ذو قيمة مالية ومن ثم فإنه قابل للتعامل (١) .

ويشترط عادة ذكر اسم الشخص المعنوي في السند المنشئ له. فمثلا توجب المادة الثانية من قانون الجمعيات رقم (١) لسنة ١٩٦٠ ذكر اسم الجمعية في النظام الذي يوضع لها والموقع عليه من مؤسسيها .

٢ – الموطن :

للشخص المعنوي موطن مستقل عن موطن الاشخاص المكونين له . وموطن الشخص المعنوي هو المكان الذي يتخذه مركزاً لادارته حتى وان كان يمارس نشاطه في مكان آخر .

اما الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها اعمال في العراق فإن مركز ادارتها بالنسبة للقانون الداخلي هو المكان الذي فيه ادارة اعمالها في العراق .

٣ – الذمة المالية :

تكون للشخصية المعنوية ذمة مالية بمجرد اكتسابها الشخصية القانونية. وتعتبر الذمة المالية للشخصية المعنوية مستقلة عن ذمم الاشخاص المكونين لها . ولذلك لايكون لدائني الاشخاص المكونين للشخصية المعنوية الرجوع على اموالها ، كما لايجوز لدائني الشخصية المعنوية الرجوع على اموال الاشخاص المكونين لها .

وتستثنى من الحكم اعلاه شركات التضامن وشركات التوصية حيث تعتبر ذمم الشركاء ضامنة للديون التي تترتب على هذه الشركات للغير اي يسأل الشركاء عن ديون الشركة في اموالهم الخاصة. وقد نصت على ذلك المادة ٦٤٣ من القانون المدني حيث جاء فيها : .

---

(١) البدراوي المرجع السابق ، ص٦٩٨ .حسن كيرة المرجع السابق ، ص٦٥٢ .

(١ — اذا لم تف اموال الشركة بديونها ، كان الشركاء مسؤولين عن هذه الديون كل منهم بنسبة نصيبه في خسائر الشركة ، مالم يوجد اتفاق على نسبة اخرى ، ويكون باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك .

٢ — وفي كل حال يكون لدائن الشركة حق مطالبة الشركاء كل بقدر الحصة التي تخصصت له من ارباح الشركة) .

٤ — الأهلية :

اذا نشأ الشخص المعنوي ثبتت له الشخصية القانونية واصبح اهلا لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات الا ما يتعارض منها مع طبيعة وغرض الشخص المعنوي . فلا تثبت مثلا للشخص المعنوي حقوق الاسرة وواجب اداء الخدمة العسكرية لتعارض ذلك مع طبيعته .

ويتقيد نطاق أهلية الوجوب بالغرض الذي يسعى الشخص المعنوي الى تحقيقه . اذ لايجوز له أن يتعداه. فاذا قامت جمعية بهدف تحقيق أغراض خيرية فلا يجوز لها ان تمارس اعمالا تجارية وان تبرم التصرفات القانونية بهذا الشأن .

كما ان للشخص المعنوي أهلية اداء حيث له ابرام جميع التصرفات القانونية ولكن في الحدود التي تحقق غرضه الذي يحدده سند انشائه .

٥ — ممثل الشخص المعنوى :

لما كان مناط اهلية الاداء هو التميز والارادة وان الشخص المعنوي ليس بشخص حقيقي بل هو شخص اعتباري ، لذلك يصبح من الضروري ان يكون لكل شخص معنوي ممثل يعبر عن ارادته ويباشر نشاطه القانوني ويعمل لحسابه .

ويعتبر الشخص المعنوي مسؤولا عن التصرفات التي يجربها ممثلة تعبيراً عن ارادته ، وذلك في الحدود المحددة له ولايعتبر الشخص المعنـــوي

مسؤولا عن التصرفات الشخصية التي يباشرها ممثله بل يعتبر الممثل نفسه مسؤولا عنهـــا .

٦ ـ حالة الشخص المعنوى :

بينا ان حالة الشخص الطبيعي تتحدد من حيث انتسابه لوطن معين (الحالة السياسية ـ الجنسية) . ومن حيث انتسابه لأسرة معينة (الحالة العائلية) ومن حيث انتسابه لدين معين . اما حالة الشخص المعنوي فتختلف عن الشخص الطبيعي ، لانه ليس له حالة عائلية كما ليس له دين لاستحالة ذلك. وعليه فالامر يقتصر بالنسبة له على الحالةالسياسية أي على الجنسية .

وللشخص المعنوي جنسية ولتحديد جنسيته هذه أهمية من ناحية تحديد القانون الذي يخضع له . وهذا الامر يتحدد ، اي ان جنسية الشخص المعنوي تتحدد تبعا للبلد الذي يكون فيه مركز عمله . اذ انه يخضع لقوانين الدولة التي يكون بها مركز ادارتـــــه .

اما اذا اتخذ الشخص المعنوي مركز ادارته في بلد اجنبي وباشر نشاطه الرئيسي في العراق فانه يخضع في هذه الحالة ، للقانون العراقي .

وقد نصت على ذلك المادة ٤٩ من القانون المدني بقولها :

(١ ـ يسري على النظام القانوني للاشخاص المعنوية الاجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها قانون الدولة التي يوجد فيها مركز ادارتها الرئيسي الفعلي .

٢ ـ ومع ذلك فاذا باشر الشخص المعنوي الاجنبي نشاطه الرئيسي في العراق فان القانون العراقي هو الذي يسري) .

المطلب الرابع

انتهاء الشخصية المعنوية

كما ان للشخصية المعنوية بداية فان لها نهاية . فهي تنتهي في الاحوال التالية:

اولاً: تحقيق الهدف : إذا قامت جمعية لاجل تحقيق هدف معين ثم أنجزته فان شخصيتها القانونية تنتهي ، كما لو قامت جمعية لاجل اسعاف منكوبي أحد الزلازل ثم انجزت هذه المهمة .

ثانيا : استحالة تحقيق الهدف : وتنتهي الشخصية المعنوية اذا تعذر عليها تحقيق الغرض من انشائها . وعدم امكان تحقيق الهدف قد يعود لاسباب مادية كما لو قامت احدى الشركات بمهمة التنقيب عن النفط في احدى المناطق ثم ثبت علمياً عدم وجود النفط فيها .

وقد يكون لاسباب قانونية كما لو صدر قانون بحظر تعاطى مادة معينة حيث ان ذلك يؤدى إلى انتهاء الشخصية القانونية لكل الشركات المنتجة لتلك المادة والبائعة لها ..

ثالثا: انقضاء الاجل : إذا حددت احدى المؤسسات او الهيئات اجلا لانتهاء اعمالها فان شخصيتها القانونية تنقضي بحلول ذلك الاجل ، كما هو الحال في قانون رعاية اصحاب الكفاءات رقم ١٥٤ لسنة ١٩٧٤، حيث حددت مدة سنتين لعودة اصحاب الكفاءات وبالتالي انتهاء اعمال هيئة رعاية اصحاب الكفاءات التي انشاءها القانون المذكور .

رابعا: الحل: والحل إما ان يكون اختيارياً واما ان يكون اجبارياً . اما الحل الاختياري فهو ذلك الذي يتم باتفاق اعضاء الجمعية أوالشركة .

وأما الحل الاجباري فهو ذلك الحل الذي يتم بقرار من السلطات المختصة في الدولة .

وفي الحالتين يؤدى الحل إلى انقضاء الشخصية المعنوية للشركة او الجمعية

المبحث الثاني

(محل الحق)

الحقوق اما ان تكون حقوق غير مالية او حقوقا مالية . والحقوق المالية تنقسم الى ثلاثة اقسام هي : الحقوق المعنوية والحقوق الشخصية والحقوق العينية .

وكما ان لكل حق صاحب هو الشخص القانوني الطبيعي او المعنوي فان لكل حق محل ، سواء كان هذا الحق حقا معنويا ام حقا شخصيا ام حقا من الحقوق العينية .

لذلك سنتناول ادناه ، محل الانواع الثلاثة من الحقوق في فروع متتالية:

الفرع الاول

محل الحقوق المعنوية

الحق المعنوي هو سلطة لشخص على شيء غير مادي هو ثمرة فكره او خياله او نشاطه ، كحق المؤلف في مؤلفه العلمي او الادبي ، وحق المخترع في مخترعاته الصناعية ، وحق التاجر في اسمه التجارى .

فمحل الحق المعنوي هو شيء غير مادي لايمكن ادراكه بالحس كالافكار والاختراعات ، اي انه هو الفكرة المبتكرة بجميع صورها (١) .

وقد نصت المادة ٧٠ من القانون المدني العراقي على ذلك بقولها :

(١ — الاموال المعنوية هي التي ترد على شيء غير مادي كحقوق المؤلف والمخترع والفنان .

٢ — ويتبع في حقوق المولفين والمخترعين والفنانين وعلامات التجارة ونحو ذلك من الاموال المعنوية احكام القوانين الخاصة) .

---

(١) البدراوي ، المرجع السابق ، ص٧٣٣ .

الفرع الثاني

محل الحقوق الشخصية «الاعمال»

الحق الشخصي هو رابطة مابين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بان ينقل حقا عينيا او ان يقوم بعمل او ان يمتنع عن عمل (م ٦٩ مدني) .

فمحل الحق الشخصي ، كما يتبين من التعريف اعلاه عبارة عن مايلتزم به المدين ويحق للدائن اقتضاؤه منه ، وهو عمل او امتناع عن عمل .

وقد يكون محل الحق الشخصي عملا ايجابيا يلتزم المدين بالقيام به ، كالتزام البائع بتسليم المبيع الى المشتري . وقد يكون هذا المحل موقفاً سلبيا يلتزم به المدين بمقتضاه يمتنع عن القيام بعمل معين ، كالتزام المستأجر بعدم اجراء تغيير في العين المؤجـــرة .

وفي كل الاحوال يشترط في محل الحقوق الشخصية ان يكون :

١ ـ معينا او قابلا للتعيين :

اذا كان محل الحق الشخصي عملا او امتناعا عن عمل فيجب ان يكون العمل الواجب القيام به او الامتناع عنه معينا تعييناً نافيا للجهالة الفاحشـة . ويتحقق التعيين بذكر الاوصاف المميزة للعمل محل الحق الشخصي . فمثلا اذا كان محل الحق التزاما بالقيام بعمل معين كبناء دار فيجب بيان نوع واوصاف البناء. فاذا لم يبين ذلك في العقد فلا يعتبر المحل معيناً تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة وبالتالي يكون العقد باطلا .

ولكن قد يمكن تعيين المحل من ظروف التعاقد، كما لو تعهد شخص ببناء دار لصديق له من دون تحديد سعتها وعدد غرفها وبقية مرافقها ولكنه كان يعرف عدد افراد عائلة صديقه ومقدار حاجتهم إلى الغرف والمرافق،

ففي هذا المثل يمكن تعيين المحل من ظروف الحال، فالمقاول الذي يتعهد ببناء دار لصديقه ويعلم ان عدد افراد عائلته عشرة مثلا، لا يمكن ان يبني له داراً فيها غرفتان (١) .

واذا كان محل الحق الشخصي عينا معينة بالذات، فإن هذه العين يجب ان تعين باوصافها تعييناً نافيا للجهالة الفاحشة. فاذا باع شخص لاخر سيارة، وجب عليه تعيينها ببيان نوعها وتاريخ صنعها ورقمها وهكذا .

اما اذا كان المحل شيئا معينا بنوعه، فيجب ان يعين مقداره ووصفه. فإذا كان المبيع تمراً، فيتعين بيان نوعه ومقداره بأن يقال مائة طن من التمر الزهدي او الخضراوي. واذا لم تحدد الكمية، وجب ان يتضمن العقد ما يمكن من تحديدها وتعيينها. ففي حالة التعهد بتوريد لحوم لمستشفى، فالكمية اللازمة من اللحوم وان لم تحدد وتعين في العقد الا انها قابلة لذلك وفقاً لحاجات المستشفى .

ولكن قد لا تكون هناك حاجة لتعيين المحل بالشكل الذي بيناه اعلاه اذا كان معلوما للعاقدين كما لو كان عند شخص سيارة وليس عنده غيرها واراد ان يبيعها لشخص كان قد رآها ويعلم ان ليس للبائع غيرها ففي هذا المثال يكون المحل (السيارة) معلوما من العاقدين (البائع والمشتري) ويعتبر معينا تعييناً نافيا للجهالة الفاحشة المؤدية إلى النزاع (٢) .

وقد نصت المادة ١٢٨ من القانون المدني على الاحكام اعلاه بقولها :

١ — يلزم ان يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالاشارة اليه او إلى مكانه الخاص ان كان موجوداً وقت العقد او ببيان الاوصاف المميزة له مع ذكر مقداره ان كان من المقدرات ، او بنحو ذلك مما تنفي به الجهالة الفاحشة . ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف

(١) الدكتور عبدالمجيد الحكيم ، المرجع السابق ، ص٣٧٣ .

(٢) الدكتور عبدالمجيد الحكيم ، المرجع السابق ، ص٣٧٤ .

٢ ــ على انه يكفي ان يكون المحل معلوماً عند العاقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه اخر .

٣ ــ فاذا كان المحل لم يعين على النحو المتقدم فالعقد باطل) .

٢ ــ ممكنا :

اذا كان محل الحق الشخصي عملا او امتناعاً عن عمل فان هذا العمل او الامتناع يجب ان يكون ممكناً . فاذا كان مستحيلا كان العقد باطلا .

ويقصد (بالامكان) هنا ان يكون العمل او الامتناع ممكناً في ذاته ، وبصرف النظر عن عدم امكانه او استحالته بالنسبة للمدين .

فاذا كان المحل مستحيلا في ذاته فان الاستحالة تمنع من نشوء الحق الشخصي وتسمى في هذه الحالة بـ (الاستحالة المطلقة). اما اذا كان المحل ممكناً في ذاته وغير ممكن او مستحيلا بالنسبة للمدين فان الاستحالة لاتمنع من نشوء الحق الشخصي ويلتزم المدين بالتعويض لعجزه عن الوفاء بما تعهد به ، وتسمى الاستحالة في هذه الحالة بـ (الاستحالة النسبية) .

والاستحالة قد تكون مادية وقد تكون قانونية . فالاستحالة تكون مادية في حالة ماذا تعهد شخص بنقل ملكية بضاعة هالكة . وتكون الاستحالة قانونية اذا كان عدم امكان القيام بالعمل يعود لاسباب قانونية . كما لو تعهد محام لشخص برفع طعن الى المحكمة المختصة في وقت كانت المدة القانونية للطعن المذكور قد فاتت .

وحكم الاستحالة القانونية كحكم الاستحالة الطبيعية المطلقة ، فهي تمنع نشوء الحق الشخصي (الالتزام) ، اي تجعل العقد باطلا ، اذا كانت هي سابقة عليه . اما اذا كانت لاحقة له ولم تكن بخطأ المدين فان الالتزام ينقضي بدون تعويض . واذا كانت بخطأ المدين فان الالتزام ينقضي أيضا ولكن يحق للدائن مطالبة المدين بالتعويض .

وقد جاء في المادة ١٢٧ من القانون المدني العراقي في هذا الصدد انه :
١ — اذا كان محل الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة كان العقد باطلا .
٢ — اما اذا كان مستحيلا على المدين دون ان تكون الاستحالة في ذاتها مطلقة صح العقد والزم المدين بالتعويض لعدم وفائه بتعهده) .

٣ — قابلا للتعامل فيه :

لايكفي ان يكون محل الحق الشخصي معينا او قابلا للتعين وممكنا بل يجب ان يكون قابلا للتعامل فيه أيضا ، اي ان يكون مشروعا لايحرمه القانون والا كان الالتزام باطلا .

وقد يرجع عدم قابلية الشيْ للتعامل الى طبيعة هذا الشيْ . فالشمس والهواء والبحار أشياء معينة و موجودة ولكنها لاتقبل التعامل بسبب طبيعتها أي بسبب عدم استطاعة احد حيازتها . ولكن قد يصبح التعامل بهذه الاشياء ممكنا اذا امكن حيازتها . فمياه البحار قد تؤخذ وتباع ، والهواء قد يضغط في اوعية خاصة ويباع وهكذا .

وقد يرجع عدم قابلية الشيْ للتعامل الى الغرض الذي خصص له الشيْ . فالاموال العامة المخصصة للمنفعة العامة كالشوارع والمباني العامة والجسور لايجوز التعامل فيها لانه يتعارض مع الغرض الذي خصصت له .

وقد يكون القانون هو سبب عدم قابلية الشيْ للتعامل . فالقانون قد يمنع التعامل ببعض الاشياء . فمثلا تمنع الفقرة الثانية من المادة ١٢٩ من القانون المدني التعامل بتركة مستقبلة . ويمنع القانون التعامل بالمخدرات.
وقد نصت على الاحكام اعلاه المادة ٦١ من القانون المدني العراقي التي جاء فيها :
(١ — كل شيْ لايخرج عن التعامل بطبيعته او بحكم القانون يصح ان يكون محلا للحقوق المالية .

٢ ـ والاشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لايستطيع احد ان يستأثر بحيازتها ، والاشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لايجيز القانون ان تكون محلا للحقوق الماليـــــة) .

الفرع الثالث

محل الحقوق العينية (الاشياء والاموال)

الحق العيني سلطة مباشرة لشخص معين على شيء معين (م٦٧ مدني) وظاهر من هذا التعريف ان محل الحق العيني هو الاشياء . وعند بحث الاشياء، باعتبارها محلا للحقوق العينية يلزم التطرق إلى تعريف الشيء والمال والتمييز بينهما. كما يجب بحث تقسيمات الاشياء والاموال

المطلب الاول

تعريف الشيء والمال والتمييز بينهما

يميز المشرع العراقي بين المال والشيء. فالمال هو الحق ذو القيمة المالية (المادية)، سواء كان حقا عينيا ام حقاً شخصياً ام حقاً من الحقوق الادبية او الفنية او الصناعية (م٦٥ مدني) . اما الشيء فهو. محل ذلك الحق، سواء كان ماديا ام غير مادي. فالدار مثلا تعتبر شيئاً، وحق الملكية المتلبس بها هو المال .

والشيء الذي يصلح ان يكون محلا للمال هو الذي لا يخرج عن التعامل بطبيعته او بحكم القانون وقد نصت على ذلك الفقرة الاولى من المادة ٦١ من القانون المدني بقولها (كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته او بحكم القانون، يصح ان يكون محلا للحقوق المالية) .

والشيء الذي يخرج عن التعامل بطبيعته هو الذي لا يمكن لشخص ان يستأثر بحيازته وهو بوضعه الطبيعي كالهواء واشعة الشمس. اما الشيء الذي

يخرج عن التعامل بحكم القانون، فهو الشيء الذي منع القانون التعامل به كالحشيش والسموم والافيون والاموال العامة وغيرها. ولا يغير من هذا الوصف اجازة نوع معين من التعامل في هذه الاشياء كإجازة بيع الحشيش او السموم او الافيون لاغراض طبية، او استعمال مال من الاموال العامة بترخيص من الجهات المختصة .

وتعتبر الاشياء المملوكة للشعب من هذا القبيل حيث نصت على ذلك المادة ١٣ من الدستور المؤقت لسنة ١٩٧٠. وكذلك الحكم بالنسبة للاشياء المخصصة للمنفعة العامة كالشوارع والمباني الحكومية وغيرها .

المطلب الثاني

تقسيمات الاشياء والاموال

الأشياء تقسيمات مختلفة ، فهي تنقسم إلى عقار ومنقول ، وإلى اشياء قابلة للاستهلاك وغير قابلة له ، وإلى مثلية وقيمية ، وإلى مملوكة وموقوفة ومباحة ، وإلى مادية ومعنوية ، وإلى اصلية وتبعية ، وإلى قابلة للقسمة وغير قابلة لها ، وإلى مايجوز التعامل فيها ومالايجوز .

أما الاموال فانها تنقسم إلى خاصة وعامة .

وسنقتصر فيما يلي ببحث التقسيمات التالية :ـ

١ ـ تقسيم الاشياء إلى عقارات ومنقولات

آـ تعريف العقار والمنقول :

تنص المادة ٦٢ من القانون المدني على ان (١ ـ العقار كل شيءٍ له مستقر ثابت بحيث لايمكن نقله او تحويله دون تلف ، فيشمل الارض والبناء والغراس والجسور والسدود والمناجم وغير ذلك من الاشياء العقارية ٢ ـ والمنقول كل شيءٍ يمكن نقله وتحويله دون تلف ، فيشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات وغير ذلك من الاشياء المنقولة) . وتنص المادة ٦٣

منه على انه (يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه مالكه في عقار مملوك له رصداً على خدمة هذا العقار او استغلاله).

فالمادة الاولى تضع معياراً مادياً للتمييز بين العقار والمنقول : فالعقار ، بموجب هذا المعيار ، هو الشيء الذى له مستقر ثابت بحيث لايمكن تحويله او نقله دون تلف ، سواء كان عدم الامكان ناشئاً عن طبيعة الشيء كالاراضي والمعادن قبل استخراجها والاحجار قبل قلعها ، او عن فعل الانسان كالبناء والغراس والسدود والجسور . اما المنقول فهو الشيء الذى يمكن نقله وتحويله دون تلف كالنقود والحلي والحيوانات والمكيلات وغيرها .

ب- نتائج التقسيم :

اهم النتائج التي تترتب على تقسيم الاشياء الى عقارات ومنقولات هي مايلي:

اولا - الشفعة تجري في العقار دون المنقول (م ١١٢٨ - ١١٤٤ مدني)

ثانيا - لابد لنقل ملكية العقار من استيفاء الشكلية المقررة في القانــــون اي تسجيل التصرف الناقل في دائرة التسجيل العقاري . بينما لاتشترط ذلك بالنسبة للمنقول .

ثالثا - يجوز وقف العقار دون المنقول الا اذا كان تابعا للعقار او كان مما جرى العرف بوقفه .

رابعا - الرهن التأميني يجرى في العقار دون المنقول .

خامسا - مدة التقادم المكسب في العقارات غير المسجلة في دائرة التسجيل العقاري والمملوكة لغير الدولة هي خمس عشرة سنة (١١٥٨ م مدني) ، وبالنسبة للاراضي المملوكة للدولة هي ست وثلاثون سنة (١٢١٩ م مدني) في حين تسري على المنقول بصورة عامة قاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية) (١) .

---

(١) المادة ١١٦٣ من القانون المدني .

سادسا ـ المحكمة المختصة بالنزاع المتعلق بعقار هي ، محكمة محل وجود العقار في حين ان المحكمة المختصة بالنزاع المتعلق بمنقول هي محكمة محل اقامة المدعى عليه (٣٦و٣٧ م مرافعات مدنية) .

سابعا ـ تختلف اجراءات التنفيذ على العقار عن الاجراءات الخاصة بالتنفيذ على المنقــــول (١) .

ثامنا ـ لايجوز للاجانب تملك العقارات الا بشروط وقيود محددة في القوانين الخاصة بينما لا وجود لهذه القيود . بالنسبة لتملكهم للمنقولات بصورة عامــة .

جـ ـ انواع العقارات:

يتضح من المادتين ٦٢و٦٣ من القانون المدني ، ان العقارات على نوعين (٢) عقارات بطبيعتها وعقارات بالتخصيص .

اولا ـ العقارات بطبيعتها :

العقار بطبيعته هو كل شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله او تحويله دون تلف .

وهل يشترط لاعتبار الشيء عقاراً حيازته لصفة الاستقرار الدائمة ؟

هنالك خلاف في الفقه في هذا الصدد، ولكن الرأي الراجح يذهب إلى اعتبار الشيء عقاراً اذا كان متصلا بالارض اتصال قرار، حتى ولو كان معدا للبقاء مدة مؤقتة، كالابنية التي تقام في المعارض على ان تبقى مدة قيام المعرض ثم تزال بعد انتهائه .

والمباني تعتبر عقاراً ولو لم يكن محدثها مالك الارض (٣) .

---

(١) في هذا الصدد يراجع مؤلفنا ـ أحكام قانون التنفيذ ص٢٠٨ ـ ١٥٩و٢٩٢

(٢) هنالك نوع ثالث من العقارات يسمى بـ(العقارات المعنوية)ومثالها حقوق الارتفاق وحق الرهن التأميني وحق السكنى وحق الانتفاع المقرر على عقار ويطلق عليها ايضا اسم (الحقوق العقارية).

(٣) قرار محكمة التمييز المرقم ٧٩٠/ص/٩٦٣ في ١٠ ـ ٦ ـ ١٩٦٣ قضاء محكمة التمييز المجلد الاول ، ص١٩ .

الا ان المباني التي تقام على سطح الارض، دون ان تلتصق بها كالخيام والاكشاك الخشبية، لا تعتبر عقاراً وان اعدت لكي تبقى على وجه الدوام.

كما ان البناء يفقد صفة العقار ويعتبر منقولا اذا ما باعه صاحبه على شكل انقاض. ويطلق عليه في هذه الحالة اسم المنقول بحسب المآل(كما سنبين.

وكذلك تعتبر الاشجار والنباتات الضاربة بجذورها في الارض عقارات بطبيعتها ولو لم تكن معدة للبقاء على وجه الدوام. غير انالنباتات المزروعة في الاوعية لا تعتبر عقارات بل منقولات حتى وان كانت الاوعية مدفونة في الارض. اما الثمار والحاصلات القائمة بالارض فإنها تعتبر منقولات بحسب المآل لان مصيرها هو الجني .

وهناك خلاف بصدد ما اذا كانت المطاحن والمحالج والمضخات من العقارات ام لا، غير ان الرأى الراجح عندنا هو الذي يذهب إلى اعتبارها عقارات بالتخصيص، اذا توافرت فيها شروط هذا النوع من العقارات(١).

ثانيا — العقارات بالتخصص :

العقار بالتخصيص هو مال منقول بطبيعته، ولكن القانون يعتبره عقاراً. اذا رصده مالكه لخدمة عقار مملوك له او لاستغلاله (٦٣ مدني) .

وواضح من التعريف اعلاه انه يجب لاعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص توافر الشرطين التاليين :

الشرط الاول — ان يكون المنقول مملوكاً لمالك العقار: اما اذا كان مملوكاً لشخص آخر كالمستأجر والمستعير والمنتفع فلا يعتبر عقاراً بالتخصيص. وكذلك الحكم اذا استأجر مالك العقار المنقول او كان مسلما اليه على سبيل الوديعة او العارية وخصصه لخدمة عقاره .

---

(١) السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني .الجزء الثامن ، ص٢٨ .
شاكر ناصر الوجيز في الحقوق العينية ص١٢

ولكن المنقول يعتبر عقاراً بالتخصيص، ولو لم تكن ملكية العقار خالصة لمالك المنقول، اذا رصده مالكه لخدمة الجزء الذي يستعمله من عقاره المملوك له على وجه الشيوع. علما بأن صفة العقار بالتخصيص تثبت للمنقول اذا وقع هذا الجزء في حصة المالك. اما اذاوقع في حصة شريك آخر فإنه يفقد الصفة المذكورة (١) .

ويعتبر حائز العقار بصفته مالكا في حكم المالك ، سواء أكان سيء النية أم حسن النية (٢) وتعتبر المنقولات التي يرصدها لخدمة العقار أو لاستغلاله عقاراً بالتخصيص . الا ان هذا الالحاق لايحتج به الا في حق الغير . أما المالك الاصلي فله ان يسترد العقار دون المنقول .

الشرط الثاني — ان يرصد المنقول لخدمة العقار او استغلاله: ولا يكفي لاعتبار المنقول عقار بالتخصيص ان يكون مملوكا لمالك العقار ، والا فلا يعتبر عقاراً بالتخصيص فالمراوح ومكيفات الهواء والسيارة التي تستعمل لخدمة العقار تعتبر عقارات بالتخصيص ، أما المذياع والسيارة والاثاث التي يستعملها مالك العقار لاغراض أخرى غير العقار أو استغلاله فلا تعتبر كذلك . ويسري نفس الحكم على كل المنقول يكون مخصصاً لخدمة مالك العقار لا لخدمة العقار .

الا انه لايشترط لاكتساب المنقول هذه الصفة ان يخصص بصفة دائمة لخدمة العقار ، بل يكفي لذلك الا يكون التخصيص عارضا . كما ان المنقول يعتبر عقاراً بالتخصيص اذا خصص لخدمة العقار أو استغلاله ولو لم تكن هناك ضرورة تقتضي ذلك (٣) .

والمنقول المخصص لخدمة عقار أو استغلاله يعتبر عقاراً بالتخصيص ، سواء أكان الاستغلال زراعياً أو صناعيا أو تجارياً أو مدنياً .

---

(١) حسن علي الذنون ، الحقوق العينية الاصلية الطبعة الاولى ١٩٥٤ ص١٢، السنهوري ، الوسيط جـ٨ ص٣٤ .

(٢) محمد كامل مرسي الحقوق العينية الاصلية الطبعة الثانية ١٩٥٢ الجزء الاول ص٥٨ ؛

(٣) السنهوري الوسيط جـ٨ص٢٨ .

وتترتب على اكتساب المنقول صفة العقار النتائج العملية التالية :

١ – لايجوز الحجز عليه مستقلا باعتباره منقولا ، وانما يحجز تبعا للعقار الملحق به ، فتسري عليه اجراءات الحجز العقاري .

٢ – يعد المنقول المعتبر عقاراً بالتخصيص من توابع العقار الملحق به ، ولذلك يدخل في بيعه وهبته والوصية به من غير ذكر . مالم يوجداتفاق على خلاف ذلك (٥٣٧ مدني) .

٣ – اذا رهن العقار حيازيا او تأمينيا فإن الرهن يشمل جميع المنقولات الملحقة به دون حاجة الى النص على ذلك فيعقد الرهن (م٢٩٢ و ١٣٣٠ مدني) .

الا ان اعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص لايعني اعتباره في حكم العقار الطبيعي من جميع الوجوه ، وانما هو يظل ، رغم ذلك ، خاضعا لاحكام تختلف عن الاحكام التي تسرى على العقار في نواح كثيرة أهمها مايلي:

٤ – ان نزع الملكية يرد على العقار بطبيعته ولايشمل المنقولات المعتبرة عقارات بالتخصيص . ولكن من الممكن ان يشمل تأميم المشروع الصناعي او الزراعي كل مافي المشروع من عقارات بطبيعتها وعقارات بالتخصيص ومنقولات .

٥ – اذا لم يقبض بائع المنقول كامل الثمن من المشتري ، فإنه يحتفظ بأمتيازه عليه ، حتى ولو اصبح عقاراً بالتخصيص . الا ان الحكم يختلف فيما اذا اصبح هذا المنقول عقاراً بطبيعته ، اذ يفقد البائع امتيازه عليه (١). والجدير بالاشارة هو ان الاموال المنقولة التي اعتبرت عقارات بالتخصيص تستعيد صفتها الاصلية، اي تعود اموالا منقولة، اذا تصرف المالك بها

---

(١) تنص الفقرة الاولى من المادة ١٣٧٦ من القانون المدني على ان (ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته ،يكون له حق امتياز على المبيع ويبقى حق الامتياز قائما مادام المبيع محتفظاً بذاتيته ،وهذا دون اخلال بالحقوق التي كسبها الغير حسن النية ومع مراعاة الاحكام الخاصة بالقضايا التجارية).

مستقلا عن العقار بالبيع او الهبة، او تصرف بالعقار واحتفظ بالمنقول المخصص لخدمة ذلك العقار، او اصبح المنقول في وضع لا يحقق الغرض الذي الحق لاجله بالعقار (١) .

د ـ انواع المنقولات :

الاموال المنقولة على ثلاثة انواع هي:

اولا ـ المنقولات بطبيعتها:

هي الاموال المادية التي يمكن نقلها وتحويلها دون تلف كالنقود والحيوانات والمكيلات والموزونات وغيرها (م٦٢ مدني) .

ويخص المشرع بعض المنقولات بأحكام خاصة نظراً لاهميتها من الناحية الاقتصادية كما هو الحال بالنسبة للسفن والطائرات اذ انها تخضع لقوانين خاصة تختلف احكامها عن احكام القواعد العامة التي تسري على المنقولات عامة .

ثانيا ـ المنقولات بحسب المآل:

ويشمل بعض العقارات التي تعتبر منقولة بحسب المآل قانونا، كالمباني اذا بيعت مستحقة للهدم والاشجار اذا بيعت مستحقة للقلع .

ثالثا ـ المنقولات المعنوية (غير المادية) :

وتشمل الالتزامات والتعهدات والاسهم في الشركات وحقوق التأليف والاسم التجاري وغيرها .

٢ ـ تقسيم الاشياء إلى مثلية وقيمية

آ ـ تعريف الشيء المثلي والشيء القيمي :

تنص المادة ٦٤ من القانون المدني على ان (١ ـ الاشياء المثلية هي التي

---

(١) محمد كامل مرسي الحقوق العينية الاصلية، الطبعة الثانية ، الجزء الاول ، ١٩٥٢ ، ص٥٠٦

تقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء . وتقدر عادة في التعامل مابين الناس بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن . ٢ - وما عدا ذلك من الاشياء فهو قيمي).

فالشيء المثلي هو الذي له نظير من جنسه في السوق بلا تفاوت أو بتفاوت يسير لايعتد به، فيقوم بعضه مقام بعض عند الوفاء . ويجري التعامل فيه بين الناس بالعد أو المقياس أو الكيل أو الوزن كالذهب والفضة والحنطة والشعير (١) والشاي والبرتقال والليمون والموز والبيض وغيرها .

والشيء القيمي ، هو مالا يوجد له نظير في السوق ، أي هو ماتتفاوت أحاده تفاوتا يعتد به ولا يقوم بعضه مقام بعض في الوفاء ، كالاراضي والدور ، والسيارات والحيوانات (٢) وغيرها .

علماً بان اعتبار الشيء قيمياً أو مثلياً أمر نسبي ، فسيارة الفورد شيء مثلي بالنسبة لكل سيارة فورد جديدة مثالها تتحد معها في الموديل وهي قيمية بالنسبة لكل سيارة من ماركة أخرى وبالنسبة لكل سيارة فورد تختلف معها في الموديل . (٣)

ب - نتائج التقسيم :

يمكن تلخيص أهم النتائج التي تترتب على تقسيم الاشياء الى مثالية وقيمية على الوجه الآتي : -

أولا - ماكية المنقول القيمي (المعين بذاته) تنتقل - كقاعدة - بحكم القانون

---

(١) حكمت محكمة التمييز في قرارها المرقم ٨٨٩/ح/٩٦٣في ٢٣ - ٥ - ٩٦٣ بأن الحنطة والشعير من الاشياء القيمية لاختلاف جنسها وسعرها ولا يقوم بعضها مقام البعض عند الوفاء وتكون مطالبة المدعي بقيمتها صحيحة . قضاء محكمة التمييز ، المجلد الاول ، ص١٩ . وذهبت المحكمة المذكورة في قرار آخرلها بأن الحنطة من المثليات التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء فكان على المحكمة تطبيقاً لاحكام المادة ٦٤ من القانون المدني الحكم على المميز بكمية الحنطة عينا ...الخ . القرار المرقم ١٢٥٦/ص/٩٦٤ في ٢٣ - ١٢ - ٩٦٤ قضاء محكمة التمييز ، المجلد الثاني ، ص٣١و٣٢ .

(٢) قرار محكمة التمييز المرقم ٤١٣/ح/١٩٦٤ في ٥ - ٥/٩٦٤. المصدر السابق . ص٣٢ .

(٣) حسن علي الذنون ، الحقوق العينية الاصلية ص١٧ .

وبمجرد انعقاد العقد ، سواء بين المتعاقدين أوفي مواجهة الغير .أما ملكية المنقول المثلي (المعين بنوعه) فأنها لاتنتقل بالعقد ، بل لابد لذلك من افراز المبيع ، الا اذا كان البيع قد تم جزافاً ، حيث يعتبر في حكم بيع المنقول المعين بالذات .

ثانياً — المقاصة الجبرية تجري في الاشياء المثلية دون القيمية (م٤٠٩ و ٤١٠ مدني) .

ثالثا — عارية الاستعمال تجري على الاشياء القيمية لامكان الانتفاع بها دون استهلاكها (م٨٤٧ مدني) ، بينما يرد القرض على الاشياء المثلية . (م٦٨٤ مدني) .

رابعاً — ينفسخ عقد البيع لاستحالة التنفيذ ، اذا كان المبيع شيئا قيمياً وهلك بقوة قاهرة أو حادث فجائي بيد البائع قبل تسليمه الى المشتري . في حين ان العقد لاينفسخ ولا تبرأ ذمة البائع من التزامه فيما لو كان المبيع شيئا مثلياً .

خامساً — اذا كان الالتزام ينصب على شيء قيمي، فلايجوز للمدين ان يدفع للدائن شيئاً غير الذي التزم به الا اذا وافق الدائن على ذلك . في حين يسوغ للمدين ذلك اذا كان ماالتزم به شيئاً مثليا (م٣٩٠ مدني) .

٣ ـ تقسيم الاموال إلى عامة وخاصة

آ ـ تعريفها والتمييز بينها:

الاموال الخاصة ، هي تلك الاموال التي تكون للافراد أو للدولة ، باعتبارها شخصا معنوياً عادياً ، ويكون لمالكها حق التصرف فيها بكافة التصرفات .أما الاموال العامة فهي تلك التي تكون للدولة أو للاشخاص المعنوية الاخرى والمخصصة للمنفعة العامة ولا يكون لمالكها ان يتصرف فيها ، مادامت مخصصة للمنافع العامة كالطرق والجسور والحدائق والانهار العامة وغيرها من الاموال منقولة وغير منقولة .

وواضح مما جاء اعلاه ان اموال الدولة تنقسم الى قسمين : اموال خاصة ويطلق عليها اسم (الدومين الخاص) ، واموال عامة ويطلق عليها اسم (الدومين العام) . وقد اختلف الفقهاء حول كيفية التمييز بينهما ، ففريق يذهب الى اعتبار أموال الدولة من الدومين العام إذا كانت مخصصة لخدمة مرفق عام . الا أن هذا الرأي منتقد بسبب من ان كثيراً من الاموال التي ينتفع بها الجمهور كافة كالشواطيء والطرق العامة والنهرية لاتعتبر مخصصة لمرفق عام . ويذهب فريق أخر الى اعتبار المال من الدومين العام اذا كان بطبيعته غير قابل للتملك الخاص ، ومما ينتفع به الافراد كافة ، مثل شواطيء الانهار والبحار والطرق العامة . وقد انتقد هذا الرأي ايضاً بداعي انه يحصر الاموال العامة (الدومين العام) في نطاق ضيق . لان هناك اموالا تعتبر من الاموال العامة رغم عدم انتفاع الجمهور بها مباشرة كالقلاع الحربية والحصون والاستحكامات العسكرية وغيرها . ويذهب فريق ثالث الى ان صفة المال تكون مستمدة من واقع تخصيصه للنفع العام ، سواء انتفع الافراد بالمال أم خصص لخدمة مرفق عام ، على ان يصدر بالتخصيص قرار اداري صريح ، ويذهب رأي آخر وهو الراجح في الفقه اليوم ، الى ترجيح فكرة التخصيص الفعلي على النفع العام لاعتبار المال من الدومين العام دون اشتراط صدور قرار من الادارة بذلك (١) وبهذا الرأي أخذ المشرع العراقي في المادة ٧١ من القانون المدني التي تنص على انه (١ – تعتبر اموالا عامة العقارات والمنقولات التي للدولة أو للاشخاص المعنوية والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل ، أو بمقتضى قانون ٢ – وهذه الاموال لايجوز التصرف فيها او الحجز عليها أو تملكها بالتقادم)

ب – نتائج التقسيم :

وللتمييز بين الدومين العام والدومين الخاص أهمية خاصة حيث ان للدولة التصرف في أملاكها الخاصة (الدومين الخاص) بكل أنواع التصرفات كالرهن والبيع والهبة . كما تسري على هذه الاموال قواعد مرور الزمان

(١) د. سعد العلوش ، مبادىء القانون العام ١٩٧٢ ص٢٠٨ وما بعدها .

وتترتب عليها حقوق الارتفاق . في حين يمتنع على الدولة التصرف بأموالها المعتبرة من (الدومين العام) . كما لايجوز الحجز عليها أو تملكها بالتقادم ولا تسري عليها قاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية) .

ج ـ تحول الاموال العامة الى اموال خاصة :

ان من الممكن ان تتحول الاموال العامة الى أموال خاصة . وهذا التحول أما ان يتم بصدور قانون يقضي بازالة صفة المنفعة العامة عن أمر من أمور المنفعة العامة المحددة سابقاً . أو بصدور قرار من دائرة حكومية يتضمن ان مالا لم يعد يحقق الغاية التي كان مخصصاً لها ، كأن تقرر الدائرة بيع سياراتها لعدم صلاحها للاستعمال . كما يجوز ان يفقد المال صفته العامة دون حاجة الى القانون أو قرار بذلك كما لو جف النهر أو غيّر مجراه ، فالارض التي تتخلف لا تعتبر ضمن الاموال العامة .

الباب الثاني

انواع الحقوق ومصادرها

الفصل السادس عشر

انواع الحقوق

تنقسم الحقوق بصورة عامة الى قسمين رئيسين هما : الحقوق السياسية والحقوق غير السياسية .

ونبحث ادناه كل قسم منهما في مبحث خاص به

المبحث الاول

الحقوق السياسية

الحقوق السياسية هي تلك الحقوق التي تتقرر للشخص باعتباره عضواً في جماعة سياسية معينة حتى يتمكن من الاسهام في الحياة السياسية ، أي الاسهام في شؤون الحكم وفي أقامة النظام السياسي للجماعة ومثال هذه الحقوق حق الانتخاب وحق تولي الوظائف العامة وحق الترشيح للمجالس التي تتكون بالانتخاب .

والحقوق السياسية تهدف الى حماية المصالح السياسية للجماعة وتسمى بـ (االحقوق الدستورية) ايضا لانها تتقرر عادة بالدستور .

وتختلف الحقوق السياسية عن الحقوق (المدنية) من النواحي التالية :

١ ـ الحقوق السياسية لاتعتبر ميزات أو حقوقاً خالصة للمواطنين بل هي وظائف سياسية ، فهي حقوق تخالطها الواجبات فحق الانتخاب مثلا يخول المواطن حق الادلاء بصوته ولكن هذا الاداء يعتبر واجباً عليه في نفس الوقت؛

٢ — الحقوق السياسية تعتبر ضمانا للتمتع بالحقوق المدنية ، لذلك تعتبر الحقوق السياسية وسيلة ، أما الحقوق المدنية فتعتبر غاية .

٣ — الحقوق السياسية تتعلق بالسلطة وكيفية تكوينها ومباشرتها في حين ان الحقوق المدنية تتعلق بالفرد ومركزه في المجتمع وحقوقه قبل السلطة .

٤ — الحقوق المدنية تثبت للمواطنين والاجانب . أما الحقوق السياسية فلا تثبت بكل من يوجد على أرض الدولة بل تثبت للمواطنين ولا تمنح للاجانب وقوانين غالبية دول العالم تقرر ذلك .

كما ان المادة (٢١) من ميثاق الاعلان العالمي لحقوق الانسان تؤيد ذلك حيث تنص على ان (لكل انسان حق الاشتراك في حكومة بلاده سواء أكان ذلك بصورة مباشرة أم بواسطة ممثلين منتخبين انتخابا حراً ، ولجميع الافراد على حد سواء الحق في الالتحاق بالوظائف العامة في بلادهم) (١) .

الا ان قوانين بعض البلاد تساوي بين الاجنبي والوطني بالنسبة بالحقوق السياسية . فمثلا ان المادة (٢٠) من دستور الاتحاد السوفيتي لعام (١٩٢٤) تقرر للعامل الاجنبي حق التمتع بكامل الحقوق السياسية وغير السياسية المقررة للمواطن الروسي اذا توفرت فيه شروط معينة . اذ ان المادة المذكورة تنص على انه (استناداً الى حركة الاتحاد العالمي للعمال ، يتمتع بجميع الحقوق السياسية المواطنون الروس وكذلك الاجانب من الطبقة العاملة الذين يقيمون في الاتحاد السوفيتي ويشتغلون فيه) (٢) .

وهناك معاهدات دولية تنص على تمتع الاجانب من رعايا الدول المتعاقد بالحقوق السياسية أسوة بالمواطنين في هذه الدول كالمعاهدة التي عقدت بين دول جنوب ووسط امريكا (٣).

---

(١) نقلا عن : الدكتور غالب الداودي ، القانون الدولي الخاص ، النظرية العامة للموطن والمركز القانوني للاجانب وأحكامهما في القانون العراقي الطبعة الاولى ٩٧٥/٩٧٦ ص ٢٢٦ .

(٢)و(٣) المرجع السابق ص٢٢٦ .

ولكن القانون قد يبيح على سبيل الاستثناء الاستعانة بموظفين من الاجانب خاصة في الحالات التي لاتتوفر فيها الخبرة والتخصص لدى المواطنين .

كما قد تمنع الحقوق السياسية عن الوطني اللاحق الذي يكتسب جنسية الدولة بالتجنس فترة معينة للتأكد من مدى ولائه وشعوره واخلاصه نحو الجماعة السياسية للدولة مانحة الجنسية .

فمثلا تنص المادة العاشرة المعدلة من قانون الجنسية العراقية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣ على انه (١ - لايحق للاجنبي الذي تجنس بالجنسية العراقية وفق المواد الخامسة والسادسة والثامنة والثانية عشرة والثالثة عشرة والسابعة عشرة التمتع بالحقوق الخاصة بالعراقيين قبل انقضاء خمس سنوات من تاريخ حصوله على الجنسية العراقية ، كما لايجوز انتخابه أو تعيينه عضواً في هيئة نيابية قبل انقضاء عشر سنوات من التاريخ المذكور . ويستثنى من ذلك أفراد الطوائف الدينية غير الاسلامية فيما يخص انتخابات المجلس الطائفية وفق احكام القوانين المختصة. - ٢ - لمجلس الوزراء (رئيس الجمهورية)(وزير الداخلية) ان يستثني من المادتين المذكورتين في الفقرة (١) بعض أفراد الامة العربية).

٥ - ان ممارسة الحقوق السياسية تتطلب توافر شروط معينة كبلوغ سن معينة وتوافر الصلاحية العقلية والادبية في حين ان بعض الحقوق المدنية (كالحقوق المالية) تثبت للشخص دون اشتراط ذلك .

هذا ولما كانت الدراسة التفصيلية للحقوق السياسية من موضوعات القانون الدستوري فأننا نكتفي هنا بما بيناه بشأنها .

---

(١) المرجع السابق ص٢٢٧ وص٢٢٨ .

المبحث الثاني
الحقوق غير السياسية (المدنية)

الحقوق غير السياسية أو المدنية هي تلك التي تثبت للفرد بغية تمكينه من ممارسة نشاطه العادي في الجماعة.فهذه الحقوق لاعلاقة لهابتسيير شؤون الحكم بل تهدف الى حماية الافراد ومصالحهم ولذلك فهي تعتبر حقوقاً ضرورية لهم من حيث حماية حرياتهم وتمكينهم من ممارسة أوجه النشاط المختلفة والحقوق غير السياسية تنقسم الى قسمين هما : الحقوق العامة والحقوق الخاصة

الفرع الاول
الحقوق العامة

الحقوق العامة هي تلك التي تثبت للفرد بأعتباره انساناً ، وهي حقوق لاغنى عنها ، لذلك تسمى ب(الحقوق اللصيقة بالشخص) أو (حقوق الشخصية) .

كما ان هذه الحقوق — كما بينا — تثبت لكل انسان وطنيا كان أم اجنبيا وبصرف النظر عن أي اعتبار أخر ولذلك تسمى أيضاب(حقوق الانسان) .

والحقوق العامة متعددة ومتنوعة منها مايرمي الى حماية الكيان المادي للانسان كحق الشخص في الحياة وفي سلامة جسمه واعضائه ، ومنها ما يتعلق بحماية الكيان الادبي أو المعنوي للانسان كحق الشخص في المحافظة على سمعته وشرفه .

ومنها مايتعلق بنشاط الأنسان وتمكينه من مزاولة نشاطه مستقلا عن غيره كحرية الشخص في الانتقال والتملك وحرية المسكن وحرية الاقامة وحرية المراسلات وغيرها ان الحقوق العامة حقوق غير مالية لذلك فانها :

١ — حقوق غير قابلة للتصرف فيها بمقابل أو بدونه . فلا يجوز للشخص ان يبيع اسمه أو أو يتنازل عن حريته الشخصية وكل اتفاق يحصل بخلاف ذلك يعتبر — باطلا .

٢ — حقوق لاتسقط بالتقادم ولا تكتسب به . فعدم ممارسة شخص لحقه

في التنقل لايؤدي الى سقوط حقه فيه مهما طالت فترة عدم ممارسته له.اذ باستطاعته ممارسته متى شاء . كما ان استعمال شخص لاسم شخص آخر لايكسبه الحق فيه مهما طالت فترة استعماله له .

٣ ـ ان الاعتداء على الحقوق الخاصة ينشيء لصاحبها الحق في وقف الاعتداء والمطالبه بالتعويض اذا لحقه ضرر نتيجة لذلك فمثلا تنص المادة ٤١١ من قانون المدني على انه (لكل من نازعه الغيرفي استعمال لقبه بلا مبرر ولكل من انتحل الغير لقبه ، ان يطلب وقف هذا التعرض وان يطلب التعويض اذا لحقه ضرر من ذلك) .

الفرع الثاني
الحقوق الخاصة

الحقوق الخاصة هي تلك التي لاتثبت لكل فرد من الافراد بل لاولئك الذين تتوفر فيهم شروط اكتسابها وتنقسم الحقوق الخاصة الى ثلاثة أنواع هـــــي : حقوق الاسرة والحقوق المعنوية والحقوق المالية .

المطلب الاول
حقوق الاسرة

حقوق الاسرة هي حقوق تثبت للفرد بأعتباره عضواً في الاسرة . وهي تختلف بأختلاف مركز الشخص في الاسرة فللزوج حقوق قبل زوجته وللزوجة هي الاخرى حقوق قبل زوجها ، وللأب حقوق قبل اولاده وللأولاد حقوق قبل الاب وهكذا .

وحقوق الاسرة لاتثبت للشخص لتحقيق مصلحة خاصة له فحسب ، بل هي تثبت لتحقيق مصلحة الاسرة كلها .

وقد تقرر هذه الحقوق لالتحقيق مصلحة من تقررت له وانما لتحقيق مصلحة الطرف الاخر فحق الاب في تأديب أولاده هو حق مقرر لالمصلحة الأب وانما لمصلحة الاولاد . لذلك فإن هذه الحقوق لاتعد حقوقاً لاصحابها فحسب ، بل هي تعتبر واجبات ايضاً فمثلا سلطة الاب على اولاده تخوله

الحق في تأديبهم وتوجب عليه ان يقوم بذلك ايضاً . كما يلاحظ ان حقوق الاسرة تقترن دائماً بواجبات . فإذا كان من حق الاب تأديب وتوجيه أولاده فان عليه واجب الانفاق عليهم واذا كان من حق الزوج مطالبة زوجته بالطاعة له فإن من واجبه تهيئة وتأمين المسكن اللازم لها والانفاق عليها.

وحقوق الاسرة ، بصورة عامة ، حقوق غير مالية . لذلك لايجوز التنازل عنها أو التصرف بها . فلايجوز مثلا للزوج ان يتنازل عن حق الطاعة المقرر له على زوجته .

ومع ذلك ففي الامكان التنازل عن بعض الحقوق المالية التي تنشأ عن الروابط العائلية كحق الارث والحق في النفقة ، حيث يجوز التنازل عنها .

المطلب الثاني
الحقوق المعنوية

الحقوق المعنوية هي الحقوق التى تنصب على اشياء غير مادية (معنوية) هي من نتاج الفكر كحق المؤلف في مؤلفه وحق المخترع في مخترعاته وحق التاجر في اسمه التجاري وحق الفنان في مبتكراته الفنية .

وتنص المادة ٧٠ من القانون المدني العراقي على ان :

١ ـ (الاموال المعنوية هي التي ترد على شيء غير مادي كحقوق المؤلف والمخترع والفنان .

٢ ـ ويتبع في حقوق المؤلفين والفنانين وعلامات التجارة ونحو ذلك من الاموال ـ المعنوية احكام القوانين الخاصة) .

ظاهر من النص اعلاه ان الحقوق المعنوية تخضع لاحكام القوانين الخاصة وفعلا اصدر المشرع العراقي القانون رقم (٣) لسنة ١٩٧١ الخاص بحماية حق المؤلف كما يلاحظ ان الفقهاء يقسمون الحقوق المعنوية الى مجموعتين :

المجموعة الاولى:

هي الحقوق الادبية والفنية وتشمل حق المؤلف على مؤلفه وحق الملحن على موسيقاه ، وحق الرسام والمثال على مايقومان به من رسم وتماثيل وقد نظم المشرع هذه الحقوق بموجب احكام قانون حماية حق المؤلف المشار اليه اعلاه .

المجموعة الثانية :

هي الحقوق التجارية والصناعية وتشمل حق المخترعين على اختراعاتهم وحقوق التجار على الاسماء التجارية لمحلاتهم وتخضع هذه لاحكام القانون التجاري . والحقوق المعنوية لها جانبان :

جانب معنوي :

يتمثل في حق الشخص في ان ينسب اليه نتاج فكره بأعتباره امتداد لشخصيته

وجانب مادي :

يتمثل في حقه في استغلال هذا النتاج والحصول على مايدره هذا الاستغلال من مال (١) واحتواء الحقوق المعنوية على هذين الجانبين هو الذي، يميزها عن الحقوق المالية التي تفتقد الجانب المعنوي .

المطلب الثالث

الحقوق المالية

الحقوق المالية هي تلك الحقوق التي يمكن تقويم محلها بالمال . وتسمى هذه الحقوق بحقوق الذمة المالية ايضاً لانها تكون الجانب الايجابي للذمة المالية للشخص. والحقوق المالية تختلف عن حقوق الاسرة والحقوق اللصيقة بالشخصية من حيث ان الهدف منها هو الحصول على فائدة مادية لذلك فإن هذه الحقوق (أي الحقوق المالية) تقبل التعامل كما انها تنتقل بالارث. وتنقسم الحقوق المالية الى نوعين (٢) :

(١) الدكتور توفيق حسن فرج نظرية الحق ص٢٠.

(٢) تعتبر الحقوق المعنوية من الحقوق المالية لان لها -كما بينا - جانب مالي .

١ ـ الحقوق الشخصيـــة

٢ ـ الحقوق العينية

١ ـ الحقوق الشخصية :

الحق الشخصي عبارة عن رابطة مابين شخصين دائن ومدين يكون للدائن بمقتضاها مطالبة المدين بان ينقل حقاً عينياً أو ان يقوم بعمل أو ان يمتنع عن القيام بعمل معين .

ويتضح من التعريف اعلاه ان الحق الشخصي له طرفاه هما :
الدائن : وهو صاحب الحق ، والمدين وهو الذي يتقرر عليه الحق أو الذي يلتزم قبل صاحب الحق .

ومحل الحق الشخصي كما بينا هو أما نقل حق عيني أو القيام بعمل معين أو الامتناع عن القيام بعمل معين .

والحق الشخصي هو الالتزام ويسمى حقاً اذا نظر اليه من جهه الدائن ، ودينا اذا نظر اليه من جهة المدين . وقد نصت على ذلك المادة ٦٩ من القانون المدني بقولها (١ ـ الحق الشخصي هو رابطة مابين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقاً معيناً أو ان يقوم بعمل أو ان يمتنع عن عمل ٢٠ ـ ويعتبر حقاً شخصياً الالتزام بنقل الملكية أيا كان محلها نقدا أو مثليات ويعتبر كذلك حقاً شخصيا الالتزام بتسليم شيء معين.
٣ ـ ويؤدي التعبير بلفظ (الالتزام) أو بلفظ الدين ، نفس المعنى الذي يؤديه التعبير بلفظ الحق الشخصي) .

والحقوق الشخصية أما ان تكون اصلية أو تبعية . فحق الدائن قبل المدين الاصلي هو حق شخصي اصلي . أما الكفالة فهي حق شخصي تبعي ولا يمكن تصوره الا تابعاً لحق شخصي أصلي هو الدين .

٢ ـ الحقوق العينية:

أما الحق العيني فهو (سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين) (م ٦٧ مدني) .

ويفهم من ذلك ان الحق العيني ينشيء علاقة مباشرة بين الشخص والشيء وهو يخول لصاحبه سلطة استعمال الشيء والانتفاع به دون وساطة احد.

ويذهب رآى أخر الى ان الحقوق العينية التي نص عليها القانون لم ترد على سبيل الحصر لذلك يجوز للافراد ، تطبيقا لمبدأ سلطان الارادة انشاء حقوق عينية جديدة غير التي نص عليها القانون ، لان القانون لم يرد فيه نص يمنع الافراد من التصرف في اموالهم بالطريقة التي تعن لهم مادام تصرفهم هذا لايتعارض مع النظام العام وحسن الاداب ، وكل ماليس محظورا فهو جائز ، ولاقيد على الافراد في تجزئة ملكيتهم حسب مايريدون.

ويذهب اخرون الى القول بان ليس للافراد ان ينشئوا من الحقوق العينية مالم يرد به نص في القانون ، لان هذه الحقوق واردة في القانون على سبيل الحصر (١) .

وليس لهذا الخلاف محل في التشريع العراقي ، لان هذا التشريع قد عدد الحقوق العينية على سبيل الحصر لاعلى سبيل المثال في المادة ٦٨ منه والتي تنص على ان (١ — الحقوق العينية الاصلية هي حق الملكية وحق التصرف وحق العقر وحقوق المنفعة والاستعمال والسكنى والمساطحة وحقوق الارتفاق وحق الوقف وحق الاجارة الطويلة .

٢ — والحقوق العينية التبعية هي حق الرهن التأميني وحق الرهن الحيازي وحقوق الامتياز).

وتمتاز الحقوق العينية بالخصيصتين التاليتين :

حق التتبع :

لصاحب الحق العيني حق التتبع اي له أن يتتبع الشي محل الحق ليستعمل حقه عليه في يد اي شخص وجد ذلك الشي او انتقلت اليه ملكيته .

(١) في تفصيل هذين الرأيين يراجع الدكتور عبدالمنعم فرج الصده ، حق الملكية ١٩٦٤ ص٩ والدكتور محمد علي عرفة ج١ ص٣٠ وما بعدها د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط ج٨ ص٢٢٤ وما بعدها . محمد كامل مرسي ، الحقوق العينية الاصلية ، الطبعة الثانية ١٩٥٢ ج١ ص٢٥٢ وما بعدها د. عبدالمنعم البدراوي ، الحقوق العينية الاصلية ١٩٥٦ ص٩ و١٠ .

وهذا الحق لايظهر في الحقوق العينية الاصلية ظهوره في الحقوق العينية التبعية الامر الذي دعا البعض الى القول بان حق التتبع لايظهر الا في الحقوق العينية التبعية .

والرأى الراجح بهذا الشأن يذهب الى وجوب عدم التفرقة بين الحقوق العينية التبعية والحقوق العينية الاصلية . من ناحية حق التتبع لان التتبع ليس الا مكنة تقتضيها طبيعة الحق العيني فهو يتصل بجوهره وبصدق بالنسبة لجميع الحقوق العينية .

ويتظاهر حق التتبع بالنسبة للحقوق العينية الاصلية في دعوى الاستحقاق ودعوى الاسترداد. وبالنسبة للحقوق العينية التبعية في ان صاحبها يستطيع مباشرة سلطانه المحدود عليها بان يعتبر ان ماتقرر عليها من حقوق اخرى غير سار في مواجهته (١) .

حق التقدم (الاولوية او الافضلية) :

بمقتضى هذا الحق يأمن صاحبه الحق العيني مزاحمة الدائنين عند النزاع في شأن الحصول على الشيء او اقتضاء ثمنه بعد بيعه .

ويرى البعض بهذا الشأن بان حق التقدم حق مقصور على الحقوق العينية التبعية لانها مقررة ضمانا لحقوق شخصية ،تفاديا من مزاحمة الدائنين العاديين . اما الحقوق العينية الاصلية فهي لاصحابها ، لايشاركهم فيها غيرهم ، ولهذا فلا يتصور فيها حق التقدم (٢).

ويرى آخرون وجوب التسوية بهذا الشأن بين نوعى الحقوق العينية لان حق التقدم يتصل بجوهر الحق العيني فيصدق بالنسبة لكل الحقوق العينية . وتبعا لهذا الرأى اذا بيع عقار لشخصين مختلفين وسبق احدهما الاخر بتسجيل عقدالبيع فانه هو الذي يفضل على المشتري الثاني الذيلم يسجل

---

(١) شفيق شحاتة ، شرح القانون المدني الجديد في الاموال ، القسم الاول ، النظرية العامة للحق العيني ١٩٥١ ، ص٢٥ .

(٢) شحاتة ، ص٢٧ .

عقده ، فتنتقل ملكية المبيع اليه ويصير به صاحب حق عيني ، بينما يبقى الثاني دائنا شخصيا .واذا بيع عقار مرهون تأمينا لدين ما فان الدائن المرتهن يفضل على غيره من الدائنين في استيفاء حقه من ثمن المبيع .

والحقوق العينية تنقسم الى قسمين : حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعيـة .

آ ـ الحقوق العينية الاصلية:

الحقوق العينية الاصلية هي تلك التي تخول صاحبها الحق في استعمال الشيء واستغلاله بطريقة كاملة او ناقصة ، وتكون قائمة بذاتها غير مستندة في وجودها على غيرها وتشمل حق الملكية وحق التصرف وحق العقر وحقوق المنفعة والاستعمال والسكنى والمساطحة وحقوق الارتفاق وحق الاجارة الطويلـــــة (١) .

اولا : حق الملكية :

تعرف المادة ١٠٤٨ من القانون المدني الملكية بقولها (الملك التام من شأنه ان يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عينا ومنفعة واستغلالا ، فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة) .

ان التعريف اعلاه يطابق تماماً التعريف الوارد لحق الملكية في المادة ١١ من مرشد الحيران. اما المجلة فانها لم تعرف حق الملكية، وانما اقتصرت على تعريف محل الملكية في المادة ١٢٥ بقولها (الملك ما يملكه الانسان من اعيان ومنافع، وكان قادراً على التصرف به على وجه الاختصاص والاستبداد).

ان تعريف التشريع العراقي لحق الملكية، وان كان يستجمع جميع عناصر هذا الحق، الا انه يؤخذ عليه ما يلي: ــ

١ ــ انه اقتصر على تعريف حق الملكية بذكر عناصره دون بيان طبيعته.

(١) الفقرة الاولى من المادة ٦٨ من القانون المدني .

٢ – انه يخلع على الملكية الصفة المطلقة كما كان يفعل قانون نابليون (م٥٤٤) والقانون المدني المصري الملغى (١١٩ / ٢٧) ، والنص على ان الملكية يعطى لمالكه حق التصرف فيما يملكه تصرفاً مطلقاً يتعارض مع النظرة الحديثة إلى حق الملكية والقائلة بانه وظيفة اجتماعية لاحق مطلق علاوة على ذلك ان تعاصر الحقوق يحتم تقييدها والا تعذر على الفرد ان يستعمل حقه دون المساس بحقوق الاخرين .

وقد اتجه الفقه والقضاء تحت تأثير النظرة الحديثة في تكييف حق الملكية إلى النظر إلى هذا الحق على انه وظيفة اجتماعية لاحق مطلق .

والواقع ان الفضل في ذيوع هذه الفكرة يرجع إلى الفقيه الفرنسي (ديجي) الذي أعلن ان الملكية ليست حقاً بل هي وظيفة اجتماعية، وعلى المالك ان يقوم بالوظيفة الاجتماعية لحق الملكية، والا فإن القانون لا يحميه. كما بين في محاضرته المذكورة ان وظيفة الملكية تشتمل على العنصرين التاليين :

١ – العنصر الاول هو ما على المالك من واجب وماله من سلطة في استعمال ملكه للوفاء بحاجاته الخاصة، فيوسع بذلك من مجالات نشاطه المادي والمعنوي .

٢ – والعنصر الثاني هو ما على المالك من واجب وماله من سلطة في استعمال ملكه للوفاء بحاجات المجتمع، فيسهم بذلك في تقدم الجماعة.

ويلاحظ ان التقنينات الحديثة قد تأثرت بهذه النزعة الجديدة في تكييف حق الملكية ومنها القانون المدني المصري الحالي الذي يعرف حق الملكية في المادة (٨٠٢) بقوله (لمالك الشيء وحده، في حدود القانون، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه) (١) .

---

(١) وتؤيد المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري الاخذ بالنزعة الحديثة في تكييف حق الملكية ج٤ ص٧ .

ان التعريف المصري وان كان يعرف حق الملكية بذكر عناصره، الا ان فيه اشارة إلى قيود هذا الحق،فهو لم يصف الملكية بأنها حق مطلق لقول النص ان مباشرة المالك حقوقه في الشيء المملوك له تكون في حدود القانون.

ولهذا يفضل التعريف المصري لحق الملكية على التعريف العراقي، خاصة وان التشريع المصري بتقديمه عبارة «في حدود القانون» يجعل المالك خاضعا لهذه الحدود في استعماله للشيء وفي استغلاله له وفي تصرفه فيه، في حين ان النص العراقي يجعل المالك خاضعاً لهذه الحدود في حالة التصرف فقط لانه ينص في العبارة الاخيرة منه (.... ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة) .

ومع ان التشريع العراقي يقرن الملكية بصفة الاطلاق في الشطر الاول من المادة ١٠٤٨ الا انه يقيد تصرفات المالك في العين التي يملكها بأن تكون من «التصرفات الجائزة» في الشطر الاخير من نفس المادة .

كما ان هذه الفكرة تأيدت بموجب الفقرة (أ وب) من المادة (١٦) من الدستور العراقي المؤقت لسنة ١٩٧٠ التي تنص على ان (أ– الملكية وظيفة اجتماعية تمارس في حدود أهداف المجتمع ومناهج الدولة، وفقاً لاحكام القانون. ب– الملكية الخاصة والحرية الاقتصادية الفردية مكفولتان في حدود القانون وعلى اساس عدم استثمارها فيما يتعارض او يضر بالتخطيط الاقتصادي العام) .

ويترتب على النزعة الحديثة في تكييف حق الملكية ما يأتي:

١ – حيث يتعارض حق الملكية مع مصلحة عامة، فالمصلحة العامة هي التي تفضل، فلا ينبغي ان تقف الملكية حجر عثرة في سبيل تحقيق المصلحة العامة، فمثلا ان ملكية الارض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها (م١٠٤٩ / ٢ مدني) ، فلو اقتضت المصلحة العامة بأن تقوم الدولة بأعمال فوق سطح الارض او تحتها لا تسبب ضرراً للمالك فليس له ان

يحول دون هذه الاعمال بزعم ان ملكيته خرقت. وكذلك يجوز ان يحرم المالك من ملكه بغية تحقيق المصلحة العامة لقاء تعويض عادل يدفع اليه حسب الاصول التي يحددها القانون (١) (م١٠٥٠ مدني) .

٢ – حيث يتعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هي أولى بالرعاية من حق المالك ، فان هذه المصلحة الخاصة هي التي تقدم بعد ان يعوض المالك تعويضاً عادلاً .

ويظهر أثر هذه النزعة في الامرين التاليين :

آ – يطلب من المالك ان يمتنع عن استعمال حقه فيما يضر الغير ضرراً غير مشروع . وتطبيقاً لذلك لايجيز المشرع للمالك ان يتصرف في ملكه تصرفاً مضراً ضرراً فاحشاً بالجار (م١٠٥١ مدني).

ب – قد تقتضي الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية تدخل الغير تدخلا ايجابياً في انتفاع المالك بملكه ليتوقى ضرراً اشد بكثير من الضرر الذى يصيب المالك من التدخل ، على ان يعوض المالك تعويضاً عادلا .

وتطبيقاً لذلك يجيز المشرع للجار ان يجيز المالك على ان تمر بأرضه المياه الكافية لري ارض الجار البعيدة عن مورد المياه (حق المجرى) ، او ان تمر بارضه ميـــاه الصرف الآتية من ارض الجار لتصب في اقرب مصرف عام) حق المسيل(م١٥٠٢و١٠٥٨ مدني).

بل ان الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية قد تصل إلى أبعد من ذلك حيث يجبر المالك على القيام باعمال ايجابية لمصلحة الغير . ففي ملكية الطبقات يجبر صاحب السفل على ان يقوم بالاعمال والترميمات اللازمة لمنع سقوط العلو (م١٠٨٥ مدني). وفي الملكية الشائعة تجبر اقلية الشركات على الموافقة على ماتقرره الاغلبية في شأن ادارة المال الشائع (م١٠٦٤ مدني).

---

(١) تراجع المادة ١٦ من الدستور المؤقت لسنة ١٩٧٠ والمادة ١٦ من قانون الاستملاك رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ .

ويظهر من تعريف حق الملكية الواردة في المادة ١٠٤٨ من القانون المدني العراقي ان لهذا الحق عناصر ثلاثة هي الاستعمال والاستغلال والتصرف.

ويلاحظ ان الاستعمال والاستغلال يقرب احدهما من الاخر ، فكلاهما استعمال للشيء، الا ان الفارق بينهما هو انه اذا استعمل المالك الشيء بشخصه سمّى هذا استعمالا واذا استعمله بواسطة غيره مقابل اجر يتقاضاه من الغير سمى استغلالا .

الاستعمال:

ان حق الملكية يخول صاحبه ان يستعمل الشي في كل ماأعد له هذا الشيء وفي كل مايمكن ان يستعمل فيه . وهو يكون باعمال مادية بغية الحصول على منافع الشيء بحسب ماتسمح بهطبيعته . فمثلا استعمال الحيوان يكون بركوبه او باستخدامه في الجر او الحرث واستعمال الملابس بارتدائها واستعمال الدار بسكناها .

ويعتبر من قبيل الاستعمال اعمال الحفظ والصيانة التي يقوم بها المالك في ملكه ، كترميم المنزل وتسوير الارض وغير ذلك .

ويلاحظ ان استعمال المالك للشيء المملوك له يتميز عن استعمال غير المالك كالمنتفع والمستأجر والمرتهن رهن حيازة . فالمالك قد يصل في استعماله للشيء الى حد الحاق الضرر به اذا أراد ذلك ولا حد لسلطته في ذلك الا ما يفرضه القانون عليه من قيود . اما المنتفع والمستأجر والمرتهن رهن حيازة فليس لهم كل هذه السلطة ، اي انه لايجوز لهم في استعمالهم للشيء الاضرار به ، بل يجب عليهم المحافظة عليه حتى يكون بامكانهم رده للمالك سليما.

وكما للمالك ان يستعمل ملكه كما يشاء ، فله ايضا الا يستعمله مالم يقضي القانون بغير ذلك .

الاستغلال:

المقصود بالاستغلال هو الحصول على ثمار الشيء وغلته . فاستغلال

الدار يكون بتأجيرها ، واستغلال البستان بالحصول على حاصلاتها وثمارها .

والاستغلال اما ان يكون استغلالا مباشراً او غير مباشر . فقيام المالك بزرع ارضه وجني ثمارها يعتبر من قبيل الاستغلال المباشر . اما اذا كان حصد الزرع وجني الثمار بواسطة شخص آخر غير المالك لقاء مقابل يدفع للمالك فالاستغلال يكون في هذه الحالة استغلالا غير مباشر .

هذا واذا كان الاصل هو حرية المالك في استغلال الشيْ المملوك له ، الا انه يلاحظ ان المشرع يقيد في بعض الحالات من هذه الحريه . فمثلا قانون زراعة التبغ لايجيز زراعة التبغ الا في مناطق معينة وبمساحات تحددها السلطات المختصة وبترخيص منها .

وللمالك ان لايستغل الشيْ المملوك له . فله مثلا ان يترك منزله خاليا لايسكنه ولايؤجره للغير . ولكن قد يفرض المشرع بعض القيود على حرية المالك في عدم استغلاله للشيْ المملوك له . فمثلا تنص الفقرة (ثانيا) من المادة الخامسة والعشرين من قانون تنظيم ايجار العقار رقم ١٨٤ لسنة ١٩٧٨ على انه (لا يجوز ان يبقى العقار المخصص للسكن خاليا مدة تزيد على ٦٠ يوما بدون عذر مشروع من تاريخ اكمال بنائه او خلوه . واذا امتنع مالكه عن تأجيره خلال المدة المذكورة تكف يده وتتولى السلطة المالية تأجيره وفقا لاحكام هذا القانون) .

التصرف:

التصرف يكون بالتخلي عن الشيْ او عن عنصر من عناصره وهو اما ان يكون ماديا (فعليا) او يكون قانونيا (قوليا) .

فالتصرف المادي يكون باستهلاك الشيْ او اتلافه او تغييره . اما التصرف القانوني فيكون باجراء تصرف قانوني على الشيء يترتب عليه نقل الملكية الى الغير او اثقال الشيْ بحق من الحقوق العينية ، كالبيع والهبة وترتيب حق رهن او ارتفاق على الشيْ .

وكما للمالك ان يتصرف في الشيء فله ان ينقل عنصراً او عنصرين من عناصر الملكية مع استبقاء الملكية له. فمثلا لو رتب المالك على المنزل المملوك له حق انتفاع للغير. فهذا ينقل إلى المنتفع عنصري الاستعمال والاستغلال ويستبقي لنفسه الرقبة وحق التصرف فيه. وله ان ينقل حق الاستعمال فقط او ان يرتب على العقار المملوك له حق ارتفاق ويستبقي ملكية العين خالصة له ولكنها مقيدة بحق الارتفاق .

ويلاحظ ان هناك فرقا مهما بين التصرف في الملكية نفسها والتصرف في عنصر من عناصر الملكية. وهذا الفرق هو ان التصرف في الملكية ينقل هذه الملكية من المالك إلى غيره فلا تعود اليه الا بسبب جديد من اسباب كسب الملكية، في حين ان التصرف في عنصر من عناصر الملكية لا ينقل الملكية من المالك إلى غيره، بل انها تبقى للمالك. وهو يسترد في الغالب العنصر الذي تصرف فيه بمجرد انقضاء حق الغير. فمثلا لو رتب المالك حق انتفاع للغير على ملكه ، فإنه يسترد العنصر الذي نقله إلى المنتفع اما بموت المنتفع و بانقضاء اجل هذا الحق من دون حاجة في ذلك إلى سبب جديد لاسترداد العنصر الذي نقله إلى المنتفع .

وكما للمالك ان يتصرف في ملكه كما يشاء له ايضا الا يتصرف فيه . ولكن القانون قد يفرض قيوداً على حق المالك في التصرف او عدم التصرف في ملكه كما في حالة الاستملاك والتأميم .

وكذلك يجوز تقييد حق التصرف بموجب قيود ارادية (شرط المنع من التصرف) ، كما لو وهب شخص مالا لاخر بشرط ان يقوم بالنفقة عليه مدى حياته والا يتصرف في الموهوب قبل وفاته .

ثانيا — حق التصرف :

حق التصرف حق عيني عقاري احدثته القوانين العثمانية على الاراضي الاميرية. وكان يطلق على الاراضي التي عليها هذا الحق اسم (الاراضي

الاميرية المفوضة بالطابو) . وكان هذا الاسم يطلق ايضاً على الاراضي التي وقف ولاة الأمر حق التصرف فيها او رسومها الاميرية او ضرائبها الارضية على جهة من الجهات على ان تبقى رقبة الارض لبيت المال .

اما المنتفع بهذه الاراضي فكان يسمى بـ (المتصرف) .

وكان حق التصرف يعد حقاً ضعيفاً في ظل قانون الاراضي العثماني الصادر سنة ١٢٧٤ هـ الذي كان يمنع رهن الارض الاميرية المفوضة بالطابو وحجزها من أجل الدين. كما كان يمنع المتصرف من وقفها او الوصية بها. ولم يسمح بانتقال حق التصرف إلى الورثة الا ضمن حدود ضيقة .

الا ان المشرع العثماني، رغبة منه في تشجيع استغلال وعمران هذه الاراضي، عمد إلى توسيع قواعد الانتقال بقوانين لاحقة من أبرزها قانون التصرف بالاموال غير المنقولة الذي تم بموجبه توسيع حقوق التصرف إلى حد كبير ، وكذلك قانون الانتقال اللذين الغيا بموجب الفقرة الرابعة من المادة ١٣٨١ من القانون المدني علما بأن القانون المدني نص على قواعد انتقال حق التصرف إلى الورثة في المواد من ١١٨٧ إلى ١١٩٩ منه .

ثالثا—حق المنفعة :

سبق ان بينا ان عناصر حق الملكية هي: التصرف والاستعمال والاستغلال. ويلاحظ انه كما يجوز ان تجتمع هذه العناصر في يد شخص واحد (ملكية تامة) يجوز ان يبقى حق التصرف للمالك وان يكون حق الاستعمال والاستغلال لشخص آخر. وفي هذه الحالة يسمى الاول بـ (مالك الرقبة) ، والثاني بـ(المنتفع).

فحق المنفعة حق عيني يتميز عن حق الملكية بل هو في الحقيقة يثقل حق الملكية وينتقص منه لانه يجرده من عنصرين من عناصرها .

وعلى كل سنعالج أحكام حق المنفعة في اربعة مباحث : نخصص اولها لتعريف حق المنفعة وخصائصه وتحديد نطاقه، وثانيها لاسباب كسبه، وثالثها لحقوق المنتفع والتزاماته، ورابعها لانقضائه .

ولم يورد المشرع العراقي ولا المصري تعريفاً لحق الانتفاع ولكن المشرع الفرنسي يعرفه بقوله (هو حق استغلال أشياء يملكها شخص آخر كما يستغلها المالك نفسه ولكن بشرط المحافظة على كيانها) (م٥٧٨ مدني فرنسي) . كما يعرفه الفقه الفرنسي بقوله (حق الانتفاع هو الحق العيني في الانتفاع بشيء مملوك للغير، بشرط الاحتفاظ بذات الشيء لرده إلى صاحبه عند نهاية حق الانتفاع، الذي يجب ان ينتهي حتماً بموت المنتفع) (١) .

ويستدل من التعريف الاخير :

١ – ان حق المنفعة حق عيني متفرع عن حق الملكية يقع على شيء مملوك لشخص آخر :

وهذا هو سبب معالجة المشرع له ضمن الحقوق المتفرعة عن حق الملكية. ويترتب على اعتباره حقاً عينيا جواز الاحتجاج به على الناس كافة .

ورغم ان حق المنفعة كحق الايجار حق في الانتفاع الا ان بينهما الفروق التالية :

آ – ان المنتفع له حق عيني يقع مباشرة على الشيء المنتفع به ولا يتوسط بينهما مالك الشيء. ويترتب على ذلك ان المالك ليس ملزماً قبل المنتفع بتمكينه من الانتفاع، بل ان كل ما عليه هو الا يتعرض للمنتفع في مباشرته حقه. اما حق المستأجر فإنه حق ينصب في ذمة المؤجر ولهذا يتوجب على الاخير (اي المؤجر) ان يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة .

ب – لما كان حق المنفعة حقاً عينيا فانه يعتبر حجة على الناس كافة . في حين ان حق المستأجر لا يكون حجة الا على المؤجر وخلفه العام لانه حق شخصي .

ج – ان حق المنفعة قد يكون عقاريا او منقولا بحسب العين التي ينصب عليها هذا الحق (٢) واذا كان عقاريا جاز للمنتفع رهنه تأمينا. في حين ان

---

(١) نقلا عن السنهوري الوسيط ج٩ص١٢٠١ .

(٢) تنص المادة ١٢٤٩ من القانون المدني العراقي على انه (يصح ا ن تملك منافع الاعيان دون رقبتها سواء كانت الاعيان عقاراً او منقولا) .

حق المستأجر لا يجوز رهنه تأمينا ولو كانت العين المؤجرة عقاراً، لان هذا الحق حق شخصي ولا يعتبر مالا عقاريا بل مالا منقولا .

وحق المنفعة حق عيني مستقل عن رقبة الشيء الذي ينصب عليه، لذلك فلا يوجد شيوع بين المنتفع ومالك الرقبة (١) .

الا انه يجوز ترتيب حق المنفعة لاشخاص متعددين على الشيوع . وتترتب عليه النتائج القانونية للشيوع، كما يجوز للشركاء على الشيوع طلب القسمة، ولكن فيما يختص بالاستعمال والاستغلال (٢) .

٢ – انه حق ينتهي بموت المنتفع :

وهذا لا يعني ان حق المنفعة يدوم حتما طول حياة المنتفع ، لانه قد يحدد له اجل ومتى ما انتهى هذا الاجل انتهى حق المنفعة ولو قبل وفاة المنتفع. الا انه اذا مات المنتفع قبل انقضاء الاجل فإن حق المنفعة ينتهي بالرغم من عدم انقضاء الاجل (٣) . (م١٢٥٧ مدني) .

٣ – انة حق يقع على شي غير قابل للاستهلاك :

لان الشيء محل الانتفاع يجب رده الى المالك عند انتهاء حق الانتفاع وهذا الامر يستوجب ان يكون الشيء محل الانتفاع غير قابل للاستهلاك الا ان الشارع الروماني اجاز في العصر العلمي تأسيس حق الانتفاع على الاموال التي تستهلك بالاستعمال وذلك عن طريق الوصية . وقد أطلق على الانتفاع في هذه الحالة اسم (شبه حق الانتفاع) (٤) .

---

(١) محمد كامل مرسي الحقوق العينية الاصلية ج٢ص٤٩٣ .
(٣) محمد كامل مرسي الحقوق العينية الاصلية ج٢ص٤٩٤ .
(٢) قرار محكمة التمييز المرقم ١٧٧/ح/١٩٦٦ في ١٩٦٦/٩/٢٥ .
قضاء محكمة التمييز ، المجلد الرابع ، ص٨١ .
(٤)صبيح مسكوني، القانون الروماني الطبعةالاولى١٩٦٨، ص٢٠٤
Oguzoglu.Roma Hukuku.1952.SF.184

٣ – صاحب حق الانتفاع يلتزم برد الشيء محل الحق بعد انقضاء حقه في حين ان صاحب شبه حق الانتفاع يلتزم برد شيء آخر من نوع الشيء الـــذي تسلمـــه .

رابعا – حق الاستعمال وحق السكنى :

اذا اشتمل الحق المقرر على ملك الغير على عنصري الاستعمال والاستغلال من عناصر الملكية سمى هذا الحق – كما بينا ذلك – بحق المنفعة وسمى من كان له الحق بالمنتفع . ولكن قد يكسب الشخص حق الاستعمـــال على ملك الغير دون حق الاستغلال ، كما ان حق الاستعمال قد يكون قاصراً على حق السكنى فقط . ويسمى الحق في الحالة الاولى بحق الاستعمال وبحق السكنى في الحـــالة الثانية .

وقد نصت المادة ١٢٦١ من القانون المدني بهذا الصدد على انه (يصح ان يكون تمليك المنفعة قاصراً على الاستعمال او على السكنى) . كما ان المادة ١٢٦٢ تنص على ان (نطاق حق الاستعمال وحق السكنى يتحدد بمقدار مايحتاج اليه صاحب الحق واسرته في خاصة أنفسهم) .

فحق الاستعمال اذن هو حق عيني يخول صاحبه استعمال شـيء مملوك لغيره لنفسه ولاسرته .

اما حق السكنى فهو صورة من صور حق الاستعمال لانه لايخول صاحبه الا نوعاً معيناً من الاستعمال وهو السكنى .

والاستعمال قد يرد على عقار او على منقول . اما حق السكنى فانه لايرد الا على عقار وبالذات على دار السكنى .

ولا يجوز التنازل عن حق الاستعمال او حق السكنى للغير بعوض او بدونه الا بناء على شرط صريح في السند المنشيء للحق ، او بناء على مبرر قوى . والتحقق من توفر المبرر القوى امر متروك لتقدير قاضي الموضوع يبحثه ويتثبت من وجوده في كل قضية على حدة .

خامسا — حق المساطحة والاجارة الطويلة :

تعرف الفقرة الاولى من المادة ١٢٦٦ من القانون المدني حق المساطحة بقولها (حق المساطحة ، حق عيني يخول صاحبه ان يقيم بناء او منشآت أخرى غير الغراس ، على ارض الغير بمقتضى اتفاق بينه وبين صاحب الأرض ويحدد هذا الاتفاق حقوق المساطح والتزاماته) (١).

فالتشريع العراقي يستثني الغراس كمحل للعقد المنشيء لحق المساطحة في حين ان تشريعات اخرى تأخذ بعكس ذلك . فالمادة ٢٨ من قانون الملكية العقارية اللبناني تنص على ان (حق المساطحة هو حق صاحب ابنية او انشاءات او غراس على أرض هي لشخص أخر) .

اما فيما يتعلق بالاجازة الطويلة فيلاحظ ان المشرع العراقي وان كان يعتبرها من الحقوق العينية الاصلية (م٦٨ مدني). الا انه اغفل تعريفها وذكر أحكامها . ولكنه تـــلافى هذا النقصـــر التشـــريعي بموجـــب قانـون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ الذي تنص المادة ٢٢٩ منه على انه (يسجل عقد الاجارة الطويلة الذي يخول فيه صاحب الارض المستأجر ان يقيم بناء او منشآت اخرى غير الغراس حسب الشروط المتعاقد عليها ويخضع التسجيل والمدة وحق التصرف والارث لاحكام حق المساطحة).

فعقد الاجارة الطويلة هو عقد بموجبه يحول صاحب الارض المستأجر ان يقيم بناء او منشآت اخرى غير الغراس على ارضه . فالاجارة الطويلة ترد على الابنية والمنشآت دون الغراس كما هو الحال في المساطحة وهذا يخالف ماهو مقرر في بعض التشريعات كالتشريع السوري الذى يقرر في المادة ١٠١٧ منه ان :

١ — الاجارة الطويلة عقد يكتسب به صاحبه ، مقابل بدل معين ، حول احداث ماشاء من الابنية وغرس ماشاء من الاغراس في عقار موقوف .

(١) يجوز انشاء حق المساطحة على الارض المملوكة او الموقوفة وقفا صحيحا (م٢٢٩ قانون التسجيل العقاري) .

والرهن التأميني لا يؤدى إلى انتقال العقار المرهون إلى حيازة الدائن المرتهن، بل يبقى في حيازة المدين الراهن الا انه لضمان عدم تصرف المدين به توضع على العين المرهونة اشارة الرهن في دائرة التسجيل العقاري .

كما يلاحظ ان الرهن التأميني لا ينعقد الا اذا سجل في دائرة التسجيل العقاري (ف ١ م ١٢٨٦ مدني) .

ثانيا — الرهن الحيازى:

الرهن الحيازي عقد به يجعل الراهن مالا (١) محبوسا في يد المرتهن او في يد عدل بدين يمكن للمرتهن استيفاؤه منه كلا او بعضا مقدما على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة وفي اي يد كان هذا المال. (م ١٣٢١ مدني) .

ويشترط لتمام ولزوم الرهن الحيازي ان يقبض الدائن المرتهن المرهون. ويد عدل كيـــد المرتهن، فإذا اتفق الراهن والمرتهن على ايداع المرهون عند أمين ورضى الاخير وقبض المرهون تم الرهن ولزم (م ١٣٢٢ و١٣٢٣ مدني) .

وحق الرهن الحيازي يرد على العقارات والمنقولات على السواء. ولكن يلاحظ ان قانون اصلاح النظام القانوني قد نص، ضمن الاهداف العامة للقانون المدني، على الغاء الرهن الحيازي على الاموال غير المنقولة لكفاية الرهن التأميني) .

ويكون للدائن المرتهن، في الرهن الحيازي، حق التقدم والتتبع، سواء في مواجهة المدين الراهن ام في مواجهة الغير .

جـ — حقوق الامتياز :

حق الامتياز وصف يتعلق بالدين يخول الدائن حق الاولوية والتقدم في استيفاء طلبه من اموال مدينه قبل غيره من الدائنين .

---

(١) تنص المادة ١٣٢٥ من القانون المدني على انه (يشترط فيمن يرهن مالا توثيقاً لدين عليهاو على غيره ، ان يكون مالكاً للمرهون او متصرفا فيه) .

وتسمى الديون الموصوفة بحق الامتياز بـ (الديون الممتازة) وغير الموصوفة بهذا الوصف ب(الديون العادية) .

وحق الامتياز ينشأ بمقتضى نص في القانون أو نتيجة عقد خاص كعقد الرهن وغيره .

والامتياز من ناحية تعلقه بجميع أموال المدين أو بعضها يقسم الى عام وخاص . فحق الامتياز العام هو الذي يخول الدائن حق استيفاء طلبه قبل غيره من الدائنين من جميع أموال المدين ، كحق الدولة في استيفاء ضريبة الدخل .

أما حق الامتياز الخاص فهو الذي يخول الدائن حق التقدم في الاستيفاء من مال معين للمدين على وجه التخصيص، كحق الامتياز الناشيء عن عقد الرهن .

وهناك بعض الديون التي تجتمع فيها أوصاف الامتيازين فتجعلها ممتازة بامتياز عام من جهة وبأمتياز خاص من جهة اخرى ، كضريبة الاملاك التي هي ممتازة بامتياز عام باعتبارها من الضرائب وممتازة بامتياز خاص باعتبار تعلقها بملك معين .

وحق الامتياز العام يكون على درجتين يتقدم أصحاب الدرجة الاولى على اصحاب الدرجة الثانية في استيفاء طلباتهم .

علماً بأن اصحاب الديون الممتازة بامتياز خاص يتقدمون في استيفاء طلباتهم على اصحاب الديون الممتازة بحق الامتياز العام ، وهؤلاء أي ، اصحاب الديون الممتازة بامتياز عام يتقدمون على اصحاب الديون العادية .

أما اصحاب الديون الممتازة بامتيازين (عام وخاص) فيتقدمون على اصحاب الديون الممتازة بامتياز واحد خاصاً كان أم عاماً .

والجدير بالذكر هو ان الديون ذات الامتياز تستوفي ممتازة من ثمن المال الذي تعلق به الامتياز فقط ، وعليه اذا زاد الدين ذو الامتياز الخاص على ثمن هذا المال فتستوفى فضلة الدين من أموال المدين الاخرى باعتبارها دينا عاديا .

المبحث الاول
الواقعة القانونية

الواقعة القانونية هي كل واقعة مادية، من فعل الطبيعة او من فعل الانسان، يرتب عليها القانون اثراً يتمثل في انشاء حق او نقله او تغييره : فالواقعة القانونية قد تكون واقعة طبيعية وقد تكون واقعة من صنع الانسان :

١ ـ الواقعة الطبيعية :

الواقعة الطبيعية هي الواقعة التي تحدث بفعل الطبيعة دون ان يكون للانسان دخل فيها وتترتب عليها آثار قانونية .

كالولادة التي تترتب عليها حقوقا للوليد ، والوفاة التي يترتب عليها نشوء بعض الحقوق كالارث، والفيضان الذى قد ينجم عنه طمي يضاف الى ارض احد الاشخاص .

وكما ان الواقعة القانونية الطبيعية قد تكون مصدراً للحقوق المالية فإنها قد تكون مصدراً للحقوق العامة . فبلوغ الشخص الثامنة عشرة من عمره ، وهو واقعة طبيعية يجعله اهلا لممارسة حق الانتخاب والترشيح للمجالس المنتخبة وتولي الوظائف العامة .

٢ ـ الواقعة التي من صنع الانسان :

هي الواقعة التي تصدر من الانسان ويرتب عليها القانون آثاراً معينة بصرف النظر عن نية من صدر عنه الفعل . فالقانون لايعتد بالارادة وانما يعتد بالفعل ويرتب عليه الاثر القانوني ولو لم تقصد الإرادة فعلا هذا الاثر.

أ ـ الفعل الضار

هو فعل يصدر من شخص يؤدى الى الاضرار بغيره سواء أكان عن قصد او بدونه وتترتب عليه مسؤولية الفاعل المدنية وقد تترتب عليه المسؤولية الجنائية ايضاً .

والفعل الضار متى توافرت فيه شروط معينة ينشيء التزاما في ذمة من صدر منه الفعل الضار بتعويض المضرور والمسؤولية هذه تسمى بـ(المسؤولية التقصيرية) .

والمسؤوليةهذه تقوم على ثلاثة عناصر هي :الخطأ والضرر والعلاقةالسببية

فمثلا اذا اتلف شخص مالا للغير سواء عن عمد او بدونه يترتب عليه التزام بتعويض الغير، وينشأ لهذا الغير حق بموجبه يكون له مطالبة الفاعل بمبلـــغ التعويـــض .

أ ـ الفعل النافع

هو عمل مادى يؤدى الى اثراء شخص على حساب شخص أخر دون سبب ولذلك يقرر القانون تطبيق قواعد الاثراء بلا سبب والتي تترتب للشخص الذى افتقر حقا يستطيع بمقتضاه ان يرجع على من اثرى على حسابه.

فمثلا اذا قام شخص بأصلاح حائط جاره الآيل للسقوط فيكون لـــه الحق في مطالبة المنتفع (وهو مالك الحائط) بالنفقات التى صرفها لاصلاح الحائـــط (١) .

وتنص على ذلك المادة ٢٤٣ من القانون المدني بقولها (كل شخص ولو غير مميز يحصل على كسب دون سبب مشروع على حساب شخص اخر يلزمه في حدود ماكسبه بتعويض من لحقه ضرر بسبب هذا الكسب ويبقى هذا الالتزام قائما ولو زال كسبه فيما بعد) .

ب ـ الاستيلاء والحيازة :

الى جانب الفعل الضار والفعل النافع توجد وقائع يرتب عليها القانون اكتساب الحقوق كالاستيلاء والحيـــازة

والاستيلاء هو وضع اليد على عين من الاعيان المنقولة المباحة بنية التملك. فأذا وضع شخص يده على منقول او عقار مباح (اى لايوجد عليه حق لشخص بغية التملك فأنه يملكه) .وقد نصت علىذلك المادة ١٠٩٨ من القانون المدني بقولها :

(١ ــ كل من احرز بقصد التملك منقولا مباحا لامالك له ملكـه

---

(١) وردت حالات الكسب دون سبب في المواد من ٢٣٣ إلى ٢٤٢ من القانون المدني .

للافراد الاتفاق على خلافها ،لذلك فأن اردة الافراد لاتتمتع بأى سلطان فيمـا يتعلـق بأحكامهـــا.

٢ ــ الشكلية:

يقصد بالشكلية الشكل الذي يستلزمه القانون لقيام التصرف القانوني فالقانون قد لايكتفي بالارادة لانعقاد التصرف بل قد يشترط صياغة الارادة في شكل معين بحيث يعتبر هذا ركنا في التصرف لاينعقد بدونه ومن ثم فإن توفر الارادة لايكفي وحده لقيام التصرف .

والشكل المقرر قانونا للتصرف قد يكون هو التسجيل(كما هو الحال في عقد بيع العقار حيث يعتبر تسجيل البيع في دائرة التسجيل العقاري ركنا لانعقاده) (١) .

وقد يكون الشكل المطلوب (التسليم) كما هو الحال بالنسبة لهبة المنقول والرهن الحيازي ، حيث لاينعقدان الا بالقبض (٢) .

ويشترط في الارادة التي تقوم بالتصرف القانوني الشروط التالية :

١ ــ ان يتم التعبير عنها في العالم الخارجي صراحة او ضمنا .

٢ ــ ان تصدر من شخص كامل الاهلية اي يتمتع بأهلية الاداء .

٣ ــ ان تكون خالية من عيوب الارادة كالغلط والتدليس والاكراه والتغرير مع الغبن والاستغلال (٣) .

٤ ــ ان يكون الدافع للارادة على تصرفها مشروعاً وان ترد على محل مشروع ايضاً .

---

(١) المادة ٥٠٨ من القانون المدني .
(٢) المادتان ٦٠٣ و ١٣٢٢ من القانون المدني .
(٣) المواد ١١٢ – ١٢٥ من القانون المدني .

الباب الثالث

استعمال الحق وحمايته وانقضاؤه

الفصل الثامن عشر

استعمال الحق والقيود التي ترد على استعماله

١ – التعسف في استعمال الحق :

بينا ان المذهب الفردي يرى أن الفرد هو الهدف الاسمى للقانون وان مصلحة الجماعة تتحقق إذا ماكفل القانون تحقيق المصالح الفردية ، لأن مصلحة الجماعة ماهي إلا مجموعة المصالح ولذلك لم يكن هذا المذهب يقرر قيوداً على استعمال الشخص لحقه فكان لصاحب الحق مطلق الحرية في استعماله حقه فلا يجوز منعه من ذلك ولا تجوز مساءلته عما يترتب على هذا الاستعمال من ضرر .

إلا أن الانتقادات التي تعرض لها هذا المذهب ونتائجه الظالمة أدت إلى التخفيف من اطلاق حرية صاحب الحق في استعماله لحقه ، فقيد هذا الاطلاق في بداية الأمر . بأن يكون الهدف من استعمال الحق تحقيق مصلحة مشروعة فالقانون إذا كان يحمي صاحب الحق في استعماله لحقه فإنه يحميه طالما هو يهدف إلى تحقيق مصلحة مشروعة من وراء هذا الاستعمال فأذا استعمل حقه استعمالا غير مشروع تخلى عنه القانون لأن صاحب الحق يكون عندئذ متعسفاً في استعمال حقه .

وقد نصت المادة السابعة من القانون المدني على ذلك بقولها :

(١ – من استعمل حقه استعمالا غير جائز وجب عليه الضمان .

٢ – ويصبح استعمال الحق غير جائز في الأحوال الآتية :

قليلة بحيث لاتتناسب مع الضرر الجسيم الذي يصيب الغير من جراء هذا الاستعمال .

فيجب اجراء موازنة بين المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها صاحب الحق والضرر الذي يصيب الغير . فإذا كان الضرر الذي يصيب الغير جسيماً قياساً على المصلحة التي يجنيها صاحب الحق كان استعماله لحقه غير مشروع . فمثلا إذا هدم مالك حائطه الذي يفصل بين داره ودار جاره الذي يستتر به دون عذر قوي ، أي دون أن تتحقق له من هذا الهدم فائدة كبيرة تتناسب مع الضرر الذي يصيب الجار فأنه يعتبر متعسفاً في استعمال حقه .

وقد جاء في الفقرة الثانية من المادة ١٠٩٢ من القانون المدني (ومع ذلك ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوي إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط) .

ج – عدم مشروعية المصلحة:

ويعتبر صاحب الحق متعسفاً في استعماله لحقه أيضاً إذا كانت المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة فمثلا إذا أعد مالك داره لتكون محلا لتعاطي القمار أو محلا للاتجار بالمخدرات فيعتبر في هذه الاحوال متعسفاً في استعمال حقه لأن المصلحة التي رمى اليها مصلحة غير مشروعة .

٢ – التمييز بين التعسف في استعمال الحق والخروج عن حدود الحق:

ان صاحب الحق يعتبر متعسفاً في استعمال حقه في الحالات الواردة في المادة السابعة من القانون المدني ولو لم يخرج هو في استعماله لحقه عن حدود هذا الحق .

لذلك فإن التعسف في استعمال الحق يختلف عن الخروج عن حدود الحق لأنه في حالة الخروج عن حدود الحق يدخل صاحب الحق في نطاق ممنوع عليه ويعتبر عمله تعدياً على الغير ويلزمه بالتعويض عن أي ضرر يتسبب فيه حسب قواعد المسؤولية التقصيرية التي تقضي بأن كل فعل يسبب ضرراً

للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض. فمثلا من يتجاوز حدود ملكه ويدخل في ملك جاره يعتبر متجاوزاً حدود حقه ويعتبر مخطئاً ويلزم لذلك بالتعويض.

أما في حالة التعسف في استعمال الحق فإن صاحب الحق لايتجاوز حدود حقه بل هو يستعمله في النطاق المحدد له ومع ذلك فأن القانون لايقر هذا الاستعمال إذا تعسف صاحب الحق (١) وصاحب الحق يعتبر متعسفاً في استعمال حقه في الحالات الثلاث الواردة في المادة السابعة المشار اليها أعلاه .

---

(١) الدكتور توفيق حسن فرج ، نظرية الحق ص ٣٨٥ .

الفصل التاسع عشر
وسائل حماية الحق

الوسيلة المقررة لحماية الحق هي (الدعوى) فمن يريد أن يحمي حقه عليه ان يلجأ إلى القضاء ويرفع دعوى ليحكم القاضي بحقه ولكن يجب على صاحب الحق حتى يحكم الحاكم بحقه ان يثبت حقه امامه . لذلك يقتضي عند بحث حماية الحق التطرق إلى امرين هما : الدعوى واثبات الحق

المبحث الاول
الدعوى

تعتبر الدعوى اهم وسيلة لحماية الحق وهي بهذا الاعتبار تختلف باختلاف الحق الذي يقع عليه الاعتداء فبالنسبة للحقوق اللصيقة بالشخصية رأينا ان القانون يقدر ان لكل من يقع عليه اعتداء غير مشروع على لقبه ان يطالب وقف هذا الاعتداء مع التعويض اذا لحقه ضرر (م ٤١ مدني) كما يلاحظ ان الاعتداء على بعض الحقوق اللصيقة بالشخصية لايعد اعتداء على صاحب الحق فحسب وانما يعد كذلك اعتداء على الجماعة وفي هذه الحالة يكون الاعتداء جريمة جنائية يعاقب عليها القانون والدعوى تسمى بـ (الدعوى الجنائيـة)

اما بالنسبة للحقوق المعنوية فيلاحظ ان المشرع يقرر في المادة / ٤٤ من قانون حماية حق المؤلف رقم ٣ لسنة ١٩٧١بأن لكل مؤلف وقع الاعتداء على حق من حقوقه ان يطالب بتعويض مناسب كما يفرض القانون المذكور الجزاء الجنائي على من يعتدى على حقوق المؤلف في المادة/٤٥ منه .

اما الحقوق المالية فإنها اما أن تكون حقوقا شخصية او حقوقا عينية فأن كان الحق شخصيا كانت الدعوى شخصية وان كان عينيا كانت الدعوى عينية .

والدعاوى الشخصية والعينية قد تكون دعاوى منقولة وقد تكون دعاوى عقارية واساس التقسيم الاخير هو محل الحق الذي ترمي الدعوى للحصول عليه فإذا كان هذا المحل عقاراً كانت الدعوى عقارية واذا كان منقولا كانت الدعوى منقولة .

كما تقسم الدعاوى العينية العقارية إلى دعوى الملكية ودعوى الحيازة . ودعوى الملكية هي التي يكون الغرض منها اثبات أحد الحقوق العينية كحق الملكية او حق المنفعة او التصرف وغيرها .

اما دعاوى الحيازة فهي ترمي الى حماية الحيازة في ذاتها بصرف النظر اذا كان الحائز يملك الحق الذى يحوزه او لايملكـــه .

وقد نصت على ذلك المادة العاشرة من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ بقولها (١-١ – اذا كان موضوع الدعوى حقا شخصيا كانت كانت الدعوى شخصية ،او دعوى دين . وان كان حقا عينيا كانت دعوى عينية – ٢ – واذا كان المراد من الدعوى المتعلقة بعقار اثبات ملكية حق عيني كانت الدعوى دعوى ملكية .

اما اذا كان المراد منها اثبات الحيازة فقط كانت دعوى حيـــازة).

ودعاوى الحيازة هــــي (١) :

١ – دعوى استرداد الحيازة :

ويرفعها من سلبت حيازته عن العقار ليسترد الحيازة ممن اغتصبها (١)

٢ – دعوى منع التعرض :

وهذه الدعوى ترمي الى حماية الحيازة بيد الحائز من كل تعرض يعكر عليه صفو الحيـــازة .

---

(١) المواد ١١٥٠و١١٥٤و١١٥٥ من القانون المدني وبالنسبة للتفصيل يراجع مؤلفنا (شرح القانون المدني العراقي – الحقوق العينية الاصلية) ص٢٠٤ وما بعدها .

٣ – دعوى وقف الاعمال الجديدة :

وترمي الى حماية من يحوز عقاراً ويستمر حائزاً له سنة كاملة .اذ يكون للحائز اذا كان يخشى لاسباب معقولة التعرض له من جراء اعمال جديدة تهدد حيازته . وقف هذه الاعمال الجديدة بشرط ان تكون قد تمت والا يكون قد انقضى عام على البدء بهـا .

المبحث الثاني
اثبات الحق

اثبات الحق هو اقامة الدليل امام القضاء على وجوده . ولاثبات الحق أهمية كبيرة لانه يجب لكي يحكم القاضي لصاحب الحق بحقه ان يثبت حقه امامه لذلك فالعجز عن اثبات الحق يغني تجريده من قيمته وبالتالي عدم وجوده .

واثبات الحق يتم عن طريق اثبات مصدره فمحل الاثبات هو الواقعة القانونية التي تعتبر مصدراً للحق المدعى به . فمن يدعى دينا في ذمة آخر عليه ان يثبت مصدر هذا الدين ، أي التصرف القانوني الذي انشأه ، ومن يدعي ان شخصا آخر قد اعتدى عليه بالضرب فإن عليه اثبات هذه الواقعة ومن يدعي ان شخصا اخر قد باعه سلعة معينة فإن عليه اثبات التصرف القانوني المدعى به وهكذا .

والواقعة القانونية قد تكون واقعة مادية وقد تكون تصرفا قانونيا فأذا كانت الواقعة القانونية واقعة مادية جاز اثباتها بجميع طرق الاثبات لان طبيعة الوقائع المادية تتعارض مع استلزام نوع معين من الادلة لاثباتها والا استحال اثباتها في أغلب الحالات .

اما التصرفات القانونية فيجب اثباتها بالطرق المقررة قانوناً والاصل هو اثباتها بالكتابة ولكن يجوز الاثبات بالشهادة استثناء اذا كانت قيمة التصرف لاتتجاوز مبلغا معينا .

وعبء الاثبات يقع على المدعي وقد نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة السابعة من قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ بقولها : (البينة على من ادعى واليمين على من انكر) .

ولكن يلاحظ انه لايقصد ب(المدعي) من يرفع الدعوى وانما قد يكون هو رافع الدعوى أو من رفعت عليه . فمثلا اذا ادعى شخص بأنه له دينا

في ذمة شخص أخر فأن عليه اثبات هذا الادعاء.غير انه اذا ادعى المدين انه كان قد قام بتسديد الدين المدعي به فأن عليه ان يثبت ذلك ؛

كما يلاحظ ان القانون قد يضع قرينه تعفي من تقررت لمصلحته من عبء الاثبات أو تنقل هذا العبء الى الطرف الاخر فمثلا تقرر المادة ٧٦٩ من القانون المدني ان (الوفاء بقسط من الاجرة قرينة على الوفاء بالاقساط السابقة على هذا القسط حتى يقوم الدليل على عكس ذلك .)

ويترتب على الحكم اعلاه انه اذا ادعي المؤجر على المستأجر انه لم يدفع اقساط الاجرة عن مدة معينة فادعى المستأجرالوفاء بها وقدم الايصال الاخير كان هذا قرينه لصالحه تعفيه من اثبات الوفاء بالاقساط السابقة على القسط الاخير وينقل عبء الثبات من المستاجرالى المؤجر الذى عليه ان يقيم الدليل على ان المستأجر لم يدفع الاقساط السابقـة .

وطرق الاثبات هي الدليل الكتابي والاقرار والشهادة والقرائن واليمين.

الفصل العشرين
انقضاء الحق

تختلف الأسباب التي تؤدي إلى انقضاء الحقوق الشخصية عن الأسباب التي تؤدي إلى انقضاء الحقوق العينية لذلك نبحث انقضاء الحقوق في مبحثين: تخصص أولهما لانقضاء الحقوق الشخصية وثانيهما لانقضاء الحقوق العينية .

المبحث الأول
انقضاء الحقوق الشخصية

يقصد بانقضاء الحقوق الشخصية (الالتزام) زوالها من عالم الوجود القانوني وتنقضي الحقوق الشخصية في الحالات التالية :

١ — الوفاء:

وهو قيام المدين بتنفيذ عين ماالتزم به سواء تم ذلك بأداء مبلغ معين من النقود أو بالقيام بعمل معين أو بالامتناع عن عمل معين .وقيام المدين بالوفاء بالدين على الوجه المتقدم يؤدي إلى انقضاء حق الدائن.

٢ — الابراء

وهو تنازل صاحب الحق عن حقه دون مقابل وهو يؤدي إلى سقوط الدين. ويتم الابراء بأراده الدائن وحدها دون أن يتوقف على قبول المدين ولكن بشرط أن يكون الدائن أهلا للتبرع أي متمتعاً بالاهلية الكاملة لأن الابراء تصرف قانوني ضار ضرراً محضاً بمن يصدر عنه (المواد ٤٢٠ و ٤٢٢ مدني و ٤٢١ مدني) .

٣ — استحالة الوفاء :

ويقصد بها أن يكون العمل محل الحق غير ممكن . فالالتزام ينقضي إذا أصبح الوفاء به مستحيلا لسبب أجنبي لابد للمدين فيه (م ٤٢٥ مدني).

والاستحالة التي تؤدي إلى انقضاء الحق الشخصي هي الاستحالة المطلقة أما الاستحالة النسبية فلا تؤدي إلى انقضائه .

٤ ـ اتحاد الذمة :

وهو اجتماع صفتي الدائن والمدين في آن واحد في شخص واحد كما لو اقترض ابن من ابيه مبلغاً من المال ثم توفي الأب عن وارث واحد هو ذلك المدين .

٥ ـ التقادم (مرور الزمان المانع من سماع الدعوى) :

اذا اهمل الدائن مطالبة المدين بالدين مدة معينة يسقط الدين بالتقادم اثر انقضاء المدة القانونية.

وقد نصت على ذلك المادة ٤٢٩ من القانون المدني بقولها (الدعوى بالالتزام ايا كان سببه لاتسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ماوردت فيه احكام خاصة) (١).

٦ ـ المقاصة :

وهي (أسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابل دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه) (م٤٠٨ مدني) .

والمقاصة اما ان تكون جبرية تقع بقوة القانون او تكون اختيارية تحصل بتراضي الطرفين .

وتشترط الفقرة الثانية من الماده ٤٠٩ من القانون المدني لحصول المقاصة الجبرية (اتحاد الدينين جنسا ووصفا وحلولا وقوة وضعفا) .

اما بالنسبة للمقاصة الاختيارية فلا يشترط القانون ذلك . حيث تجوز المقاصة الاختيارية ولو كان الدينان من جنسين مختلفين او متفاوتين في الوصف او مؤجلين او كان احدهما حالا والاخر مؤجلا او احدهما قويا والاخر ضعيفا :

---

(١) نص القانون المدني في المادتين ٤٣٠ و ٤٣١ على مدد التقادم الخاصة ببعض الحقوق.

المبحث الثاني

انقضاء الحقوق العينية

الاسباب التي تؤدي الى انقضاء الحقوق العينية هي الاسباب التالية

١ ـ هلاك محل الحق:

فهلاك الدار يؤدى الى انقضاء حق ملكية صاحبها وهلاك السيارة يؤدى الى انقضاء حق ملكية صاحبها

واذا هلك الشيء محل حق الانتفاع هلاكا كليا فأن حق الانتفاع يزول وينقضي ايضا الا انه اذا كان الهلاك جزئيا وكان الباقي صالحا للانتفاع به ولو على وجه اقل كان للمنتفع ان يستمر في انتفاعه اما اذا لم يكن الباقي صالحا للانتفاع به فأن حق الانتفاع ينتهي في هذه الحالة .

٢ ـ عدم الاستعمال :

وهذا السبب يؤدى الى انقضاء الحقوق العينية عدا حق الملكية فعدم استعمال حقوق المنفعة والارتفاق وغيرها من الحقوق العينية من قبل اصحابها المدة المقررة في القانون يؤدى الى انقضاء تلك الحقوق .

٣ ـ التنازل عن الحق:

اذا تنازل صاحب الحق عن حقه فأن هذا الحق ينقضي فإذا تنازل صاحب حق المنفعة عن هذا الحق او اذا تنازل الدائن المرتهن عن حقه في الرهن التأميني والرهن الحيازى فأن هذا التنازل يؤدى الى انقضاء حق المنفعةوحق الدائن المرتهن .

كما يلاحظ ان الحقوق العينية التبعية تنقضي اذا انقضت الديون التي وجدت تلك الديون لاجل ضمانها لان الحقوق العينية التبعية توجد لضمان الوفاء بها فإذا انقضت هذه الديون انقضت الحقوق العينية التبعية ايضا .

٤ – حلول الأجل

فحق المنفعة ينقضي بانقضاء الأجل المحدد له في سنده فإن لم يحدد له أجل اعتبر مقرراً مدى حياة المنتفع وينتهي في هذه الحالة بموت المنتفع (م١٢٥٧ مدني).

مصادر الكتاب

المصادر العربية

الاستاذ أحمد صفوة : مقدمة القانون . الطبعة الثانية ١٩٢٤ .

الاستاذ عبد الباقي البكري : المدخل لدراسة القانون والشريعة. الجزء الأول في النظرية العامة للقاعدة القانونية والقاعدة الشرعية ١٩٧٢ .

الاستاذ محمد كامل مرسي وسيد مصطفى : أصول القانون ١٩٣٢ .

الاستاذ محمد كامل مرسي : شرح القانون المدني ، الحقوق العينية الاصلية الجزء الأول والثاني ١٩٥١ .

الاستاذ عبد الرحمن البزاز : مبادئ أصول القانون ١٩٥٤ .

الدكتور مالك دوهان الحسن : المدخل لدراسة القانون ، الجزء الأول ، النظرية العامة للقاعدة القانونية ١٩٧٢ .

الدكتور عبد الله النقشبندي : علم أصول القانون . ١٩٦٧ (مطبوعة بالرونيو)

الدكتور سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية ١٩٦٦ .

الدكتور ثروت أنيس الاسيوطي : فاسفة القانون . الجزء الأول . ١٩٧٥. (مطبوعة بالرونيو) .

الدكتور مختار القاضي : أصول القانون ٢٩٦٠ .

الدكتور عبد المنعم البدراوي : المدخل للعلوم القانونية ١٩٦٦

الدكتور حسن كيرة : أصول القانون ١٩٥٩ .

الدكتور توفيق حسن فرج : المدخل للعلوم القانونية ١٩٦٧ نظرية الحق .

الدكتور عبد المجيد عباس : أصول القانون

الدكتور عبد الحي حجازي : المدخل لدراسة القانون ، نظرية القانون ١٩٧٢ المدخل لدراسة القانون ، نظرية الحق.

الدكتور شمس الدين الوكيل : مبادئ القانون . الطبعة الاولى ١٩٦٨.
الدكتور سعيد عبد الكريم مبارك : شرح القانون المدني ، الحقوق العينية الاصلية ، الطبعة الاولى ١٩٧٣
احكام قانون التنفيذ . الطبعة الثالثة ١٩٧٨
الاستاذ عبد الملك ياس : أصول القانون ١٩٦٨
الدكتور عبد الرزاق السنهوري وحشمت ابو ستيت: اصول القانون، او المدخل لدراسة القانون ١٩٤٦.
الدكتور عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثامن والتاسع .
الدكتور محمود سعد الدين الشريف مذكرات في مدخل القانون ١٩٣٧.
الدكتور عبد المنعم فرج الصدة مبادئ القانون ١٩٧٢.
الدكتور احمد سلامة : المدخل لدراسة القانون .
الدكتور برهام عطا الله : اساسيات القانون الوضعي ، مدخل الى الدراسات القانونية ، الطبعة الاولى ١٩٨٦ .
الدكتور سمير عبد تناغو : النظرية العامة للقانون ١٩٧٤ .
الدكتور سعدون القشطيني : شرح احكام المرافعات ، الجزء الاول ، الطبعة الثالثة ١٩٧٩.
الاستاذ شاكر ناصر : الوجيز في الحقوق العينية.
الدكتور حسن علي الذنون . فلسفة القانون الطبعة الاولى ١٩٧٥
الحقوق العينية الأصلية ، الطبعة الاولى ، ١٩٥٤
الدكتور محسن خليل : النظم السياسية والقانون الدستوري الطبعة الثانية ١٩٧١.
الدكتور محمد يعقوب السعيدي : مبادئ القانون الاداري.

الدكتور علي محمد بدير : المدخل لدراسة القانون ــ نظريــة القانون ، ١٩٧٠.
مذكرات القانون الاداري ١٩٦٧ .
الدكتور محمود جمال الدين زكي : دروس في مقدمة الدراسات القانونية ١٩٦٤.
الدكتور شاب توما منصور : القانون الاداري. الجزء الاول ١٩٧٠ .
الدكتور جلال القريشي : شرح قانون العمل العراقي . الجزء الاول. علاقات العمل الفردية ١٩٧٢.
الدكتور صفاء الحافظ : القانون الاشتراكي.
الدكتور عبد السلام الترمانيني : القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى المعاصرة ١٩٨٠.
الدكتور هنري رياض : القانون الاشتراكي.ترجمة الجزء الفلسفي من الفصل الرابع من كتاب (الدولة والقانون في الاتحاد السوفيتي).
الدكتور سعد العلوش : مبادئ القانون العام ١٩٧٢.
الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي : نظرية القانون.
الدكتور غالب الداودي : مبادئ القانون.نظرية القانون (مطبوعة بالرونيو) ١٩٧٠ الدكتور غالب الداودي :القانون الدولي الخاص.النظرية العامة للموطن والمركز القانوني للاجانب واحكامهما في القانون العراقي . الطبعة الاولى ١٩٧٦ الدكتور غالب الداودي : القانون الدولي الخاص .النظرية العامة واحكام الجنسية العراقية الطبعة الثانية ١٩٧٨.
الدكتور عبد المجيد الحكيم : الوسيط في نظرية العقد ، الجزء الاول في انعقاد العقد ١٩٦٧.
الدكتور محمد سامي مذكور : نظرية الحق

الدكتور شفيق شحاتة: شرح القانون المدني الجديد في الاموال ، القسم الاول : النظرية العامة للحق العيني ١٩٥١ .
الدكتور جميل الشرقاوي : مبادئ القانون.
الدكتور صبيح مسكوني : القانون الروماني . الطبعة الاولى ١٩٦٨.

المصادر الانكليزية

R.W.M. DAIS Jurisprudence, Third Edition 1970
G.W.PATON.Amd DAViD .P. DERHHM J urisprudence, Foarth Edition 1967.
FREDERIC.M.GOADBY Introduction To The study of Law Third Edition 1921
SALMOND, On Jurisprudence, Ninth Edition 1937
HOLLAND, Science Of Law

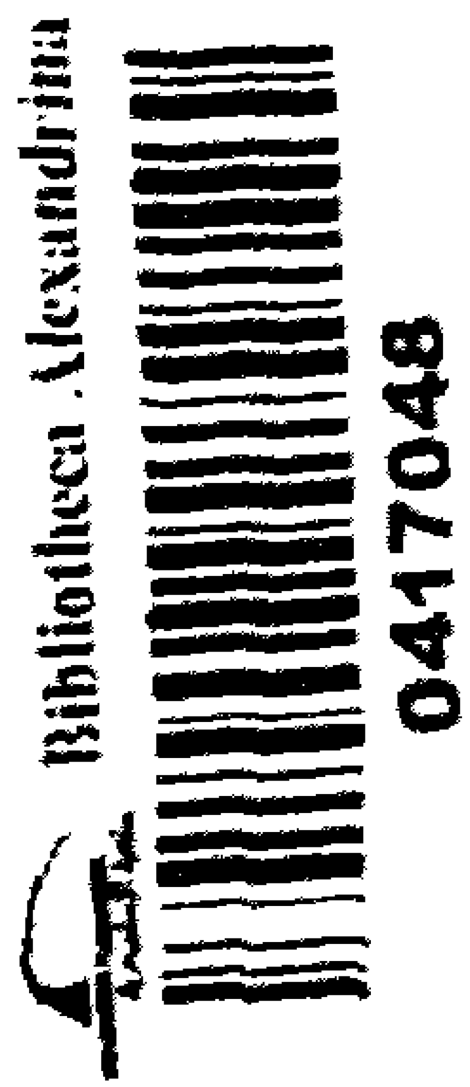
المصادر التركية

Dr SHBRi SAKiR ANSAy, Hukuk Bilimine BasLangic 5ci Baski 1955.
Dr. NECIP BILGE, Hukuk BasLangici Dersleri 5Basl 1960
Dr H. CHHIT OGUZOGLU Roma Hukuku 1952
Dr. G. WELAND, Kanunu Medeni De Ayni HakLar. (Turkceye Cevren IsmaiL Hakkl Karafakih) 1949

محتويات الكتاب

رقم الايداع في المكتبة الوطنية ببغداد (١٢٧٨) لسنة ١٩٨٢

طبع بمطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر - جامعة الموصل -



مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر جامعة الموصل